

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

MATEUS DE MEDEIROS DANTAS

CASO DA DESAPOSENTAÇÃO: ASPECTOS DA ARGUMENTAÇÃO SOB A ÓTICA
DAS TEORIAS DE JUSTIÇA DE POSNER E DWORKIN NO PARADIGMA DOS
SISTEMAS SOCIAIS DE LUHMANN

Brasília/DF

2017

MATEUS DE MEDEIROS DANTAS

CASO DA DESAPOSENTAÇÃO: ASPECTOS DA ARGUMENTAÇÃO SOB A ÓTICA
DAS TEORIAS DE JUSTIÇA DE POSNER E DWORKIN NO PARADIGMA DOS
SISTEMAS SOCIAIS DE LUHMANN

Monografia apresentada como requisito à obtenção
do título de Bacharel em Direito no curso de
graduação da Faculdade de Direito da Universidade
de Brasília.

Orientador: Vallisney de Souza Oliveira

Brasília/DF

2017

MATEUS DE MEDEIROS DANTAS

CASO DA DESAPOSENTAÇÃO: ASPECTOS DA ARGUMENTAÇÃO SOB A ÓTICA
DAS TEORIAS DE JUSTIÇA DE POSNER E DWORKIN NO PARADIGMA DOS
SISTEMAS SOCIAIS DE LUHMANN

Monografia apresentada como requisito à obtenção
do título de Bacharel em Direito no curso de
graduação da Faculdade de Direito da Universidade
de Brasília.

Orientador: Vallisney de Souza Oliveira

Aprovado pelos membros da banca em 23 de novembro de 2017.

BANCA EXAMINADORA

Vallisney de Souza Oliveira
Orientador

Marcos Vinícius Lustosa Queiroz
Examinador

João Telésforo Nóbrega de Medeiros Filho
Examinador

Brasília, 2017

RESUMO

Este estudo se propõe a analisar aspectos da argumentação jurídica do caso da desaposentação sob a ótica das teorias de justiça de Posner e de Dworkin no paradigma dos sistemas sociais de Luhmann. Inicialmente, foram conceitualizados os aspectos da previdência social brasileira, bem como o instituto da desaposentação. Em seguida, expôs-se as teorias de justiça de Richard Posner e de Ronald Dworkin e como seus fundamentos foram utilizados na construção dos votos dos Ministros Gilmar Mendes e Roberto Barroso. Por fim, apresentou-se a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann a qual nos ajuda a compreender como podem ser construídas as decisões jurídicas.

Palavras-Chave: Previdência Social. Desaposentação. Teorias de Justiça. Richard Posner. Ronald Dworkin. Teoria dos Sistemas Sociais. Niklas Luhmann.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1. A PREVIDÊNCIA SOCIAL.....	8
1.1 Evolução histórica	8
1.2 Previdência Social na Constituição de 1988	10
1.3 Regime Geral da Previdência Social.....	11
1.4 Aposentadoria por Tempo de Contribuição.....	12
1.4.1 Fator Previdenciário	13
1.5 Desaposentação	15
1.6 Princípios	16
1.6.1 Princípio da Legalidade.....	17
1.6.2 Princípio da Solidariedade e da Contributividade.....	17
1.6.3 Princípio do custeio e Princípio das prestações.....	18
1.6.4 Princípios do Equilíbrio Financeiro e Atuarial	19
2. TEORIAS DE JUSTIÇA.....	21
2.1 POSNER.....	21
2.1.1. Análise Econômica do Direito	21
2.1.2 Maximização da Riqueza.	23
2.1.3. Adjudicação Pragmática.....	28
2.1.4 Conceitos aplicados ao caso da desaposentação	33
2.2 DWORKIN.....	35
2.2.1 O que é o Direito?	35
2.2.2 Interpretação Criativa	38
2.2.3 Integridade no Direito e o Juiz Hércules.....	41
2.2.4 Conceitos aplicados ao caso da desaposentação	44
3. TEORIA DOS SISTEMAS	46
3.1 Fechamento operativo e Acoplamento estrutural.....	47
3.2 Conceitos aplicados ao caso da desaposentação	51
CONCLUSÃO.....	54
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	56
VÍDEOS.....	58
ANEXO	59

INTRODUÇÃO

No atual contexto do Estado Democrático de Direito e de abertura do texto constitucional nem sempre é possível encontrar o direito positivado, de tal forma que se faz necessário interpretar a Constituição. Neste trabalho, serão analisadas duas visões de fundamentação/justificação do direito - sob a ótica de Posner e Dworkin - no paradigma do sistemas sociais de Luhmann.

Nesse panorama, os juízes dispõem de ferramentas das teorias de justiça para orientarem suas decisões. Uma das possibilidades de resolução de casos difíceis é a orientação às consequências que a decisão pode causar (Posner). Dessa forma, os juízes, por meio desse critério objetivo, chegam a um consenso de qual decisão resultará em consequências mais favoráveis para a comunidade. Outra possibilidade de decidir um caso difícil é por intermédio do exercício interpretativo da constituição em que os juízes analisam o direito construído até o momento e decidem em consonância com essa prática argumentativa (Dworkin).

Diante da multiplicidade de ferramentas do direito, qual teoria da justiça escolher ou qual seria a mais adequada para resolver um caso difícil? A teoria dos sistemas de Luhmann ajuda a fazer essa escolha. A sociedade é complexa e multifacetária e funciona a partir de relações que se estabelecem entre os indivíduos e também entre os sistemas de que se compõe. O direito é um dos sistemas que compõe o sistema global (a sociedade) e que tem a função de estabilizar essas relações a partir de parâmetros próprios.

Para Luhmann o direito interage com os demais sistemas sociais, ocasiões em que é perturbado por demandas de toda ordem e, a partir de regras próprias, devolve decisões que, por sua vez, também irão perturbá-los, numa dinâmica saudável que redundará, certamente, na evolução de todo o sistema.

O objetivo do trabalho é analisar as teorias de justiça em Posner e Dworkin no paradigma dos sistemas sociais de Luhmann, de modo a verificar qual dessas teorias se mostra mais adequada com o papel do direito dentro da sociedade e demonstrar que muitas das ferramentas de que dispomos para fundamentar as decisões jurídicas na verdade são ferramentas/linguagens de outros sistemas sociais, fator este que depõe contra a função do direito e do que dele se espera.

O objeto material do estudo a partir das premissas até aqui delineadas, constitui-se dos votos dos Ministros Gilmar Mendes e Luís Roberto Barroso, no julgamento dos Recursos Extraordinários (RE n. 661.256 e RE n. 827.833) que julgou a questão relativa ao direito à desaposentação dos segurados aposentados do INSS, mas que continuam no mercado de trabalho e, portanto, contribuindo para o sistema. A indagação jurídica, portanto, é: as contribuições vertidas ao sistema depois do ato de aposentação podem justificar revisão do valor dos benefícios previdenciários, considerando aspectos como princípio constitucional da equivalência entre custeio e benefício, da solidariedade, da contributividade, do equilíbrio financeiro e atuarial ou dos efeitos financeiros e orçamentários que decorrem da decisão?

Inicialmente, posiciona-se o direito previdenciário no sistema constitucional brasileiro e os princípios relevantes para solução do caso. Segue-se para a demonstração dos conceitos da teoria de justiça de Posner e Dworkin, bem como para a análise das fundamentações utilizadas pelos Ministros citados para corroborar as visões que dinamizam o direito modernamente, concluindo-se, ao final, segundo construção fundada no paradigma de Luhmann, qual das teorias de justiça que melhor justifica o sistema do direito diante do seu papel de entregar uma decisão segundo sua linguagem.

1. A PREVIDÊNCIA SOCIAL

1.1 Evolução histórica

Primeiramente, é importante contextualizar o surgimento da previdência social. Ela é um dos pilares de um sistema protetivo maior conhecido, no Brasil, como Seguridade Social, que assegura, além do direito à previdência, o direito à saúde e à assistência social, conforme disposto no artigo 194 da Constituição Federal¹.

Antes de chegar ao estágio atual da Seguridade Social, a proteção social assumiu diversas formas em diferentes épocas. A família é o instrumento mais antigo que se tem conhecimento de proteção social em que os membros mais novos, aptos a trabalhar, ajudam os mais velhos e incapacitados².

Ocorre que a ajuda familiar nem sempre é capaz de prover o mínimo existencial ao velho ou incapacitado de tal maneira que se faz necessária a participação de outros agentes no sistema protetivo como, por exemplo, a ajuda voluntária de terceiros e até mesmo da igreja³.

Por outro lado, sabe-se também da existência de grupos de pessoas que se organizavam voluntariamente e criavam fundos mutualistas, de natureza privada, a fim de se protegerem de eventuais riscos sociais e infortúnios da vida⁴.

A primeira participação efetiva do Estado no sistema protetivo, mais especificamente relativo à assistência social, ocorreu com a edição da Lei dos Pobres na Inglaterra no ano de 1601 (*Poor Relief Act*). Essa lei instituía contribuição obrigatória da sociedade para a consecução de programas sociais⁵.

Já em relação à previdência social, o ponto de partida aconteceu na Alemanha, no final do século XIX, em que foram aprovados pelo parlamento os projetos de seguro doença, seguro acidente de trabalho e seguro de invalidez e velhice⁶. Esse sistema de previdência é conhecido como Bismarckiano, uma vez que

¹ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 2014, 19ª ed., Niterói: Impetus, p. 5.

² *Ibid.*, p. 1.

³ *Ibid.*, p. 46.

⁴ *Ibid.*, p. 46.

⁵ *Ibid.*, p. 46.

⁶ *Ibid.*, p. 46.

tais projetos foram aprovados quando Otto Von Bismarck era o Chanceler daquele país.

No sistema Bismarckiano, a previdência social é inteiramente financiada pelas empresas e empregados. Apesar de não existir compromisso financeiro do Estado, a contribuição é obrigatória. Há nesse sistema uma relação direta entre a contribuição e a fruição do benefício em que o segurados são apenas os trabalhadores (contribuintes)⁷.

Os primeiros regimes previdenciários que surgiram aplicaram as técnicas do sistema Bismarckiano e se limitavam a proteger determinados eventos como àqueles aprovados por Bismarck, por exemplo, acidentes de trabalho, doença e invalidez.⁸

Durante a primeira metade do século XX, entre as duas guerras mundiais, os regimes de previdência passaram a ter maior participação do Estado e maior preocupação com os riscos sociais.⁹

Em 1942, foi elaborado o Plano Beveridge, na Inglaterra, para solucionar os problemas da reconstrução do pós-guerra. As principais propostas do plano eram: i) a ampliação do sistema protetivo de forma a englobar todas as pessoas e não somente os empregados; ii) a cooperação entre Estado, empresas e trabalhadores no custeio do sistema protetivo; iii) o alcance universal da seguridade social com o objetivo de proteger as pessoas de todos os riscos sociais; iv) a assistência social, cujo papel seria o de complementar as lacunas do seguro social (previdência social)¹⁰.

A respeito dos modelos Bismarckiano e Beveridgiano, Fábio Zambitte Ibrahim faz a seguinte colocação:

No modelo Bismarckiano, mais primitivo, a proteção não era universal, geralmente limitada aos trabalhadores, rigoroso financiamento por meio de contribuições sociais dos interessados (trabalhadores e empresas), além de restringir sua ação a determinadas necessidades sociais. O modelo beveridgiano tem concepção mais ampla, pois visa a universalidade de atendimento, atendendo a tudo e a todos, com financiamento por meio de impostos, arrecadados de toda a sociedade. Percebe-se, claramente, que a solidariedade é mais forte neste modelo.¹¹

⁷ *Ibid.*, p. 47.

⁸ *Ibid.*, p. 45-47.

⁹ *Ibid.*, p. 45-47.

¹⁰ *Ibid.*, p. 48-49.

¹¹ *Ibid.*, p. 51.

Dessa forma, observa-se que, no sistema Bismarckiano, a técnica de financiamento é a da capitalização, sistema em que há uma relação direta entre a contribuição do trabalhador e a remuneração paga por ocasião do benefício (*contributividade*). Já no sistema Beveridgiano, adota-se a técnica de repartição simples em que as contribuições feitas pelo trabalhador são desvinculadas da remuneração do benefício (*solidariedade*)¹².

Hoje, os regimes previdenciários variam de país a país, mas, de modo geral, são uma mescla dos sistemas de Bismarck e Beveridge. Adotam, via de regra, a filiação compulsória, a natureza coletiva e contributiva, o equilíbrio financeiro e atuarial e a solidariedade do sistema¹³.

1.2 Previdência Social na Constituição de 1988

A Constituição Federal (CF) brasileira de 1988 prevê, em seus artigos 40, 201 e 202, a organização do sistema previdenciário. A previdência social é estruturada da seguinte forma: I) Regimes Básicos (artigos 40 e 201 da CF) e II) Regimes Complementares (artigo 202 da CF)¹⁴, conforme verifica-se abaixo:

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial (...)

Art. 202. O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar.¹⁵

Para os regimes básicos, que fazem parte o Regime Próprio da Previdência Social (RPPS) e o Regime Geral da Previdência Social (RGPS), a filiação é compulsória, a participação é coletiva e contributiva, e a administração é pública e

¹² *Ibid.*, p. 51-52.

¹³ *Ibid.*, p. 53.

¹⁴ *Ibid.*, p. 35.

¹⁵ Constituição Federal de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 28 de outubro de 2017.

de responsabilidade do Estado. Ademais, podem ingressar voluntariamente no RGPS aqueles que não exercem atividade remunerada¹⁶.

Por outro lado, no que tange os regimes complementares, a filiação é facultativa, a participação é coletiva ou individual, a natureza é contributiva e a administração é privada¹⁷.

Além da previsão constitucional do sistema previdenciário, este é regulamentado por alguns dispositivos infraconstitucionais. Os principais são: Lei 8.212/1991 (Plano de Custeio e Organização da Seguridade Social), Lei 8.112/1990 (Regime Jurídico dos Servidores Públicos da União), Decreto 3.048/1999 (Regulamento da Previdência Social), Lei 8.213/1991 (Plano de Benefícios da Previdência Social) e Leis Complementares 108 e 109 (Regime de Previdência Complementar)¹⁸.

1.3 Regime Geral da Previdência Social

O Regime Geral da Previdência Social (RGPS) é o mais abrangente dentre os regimes previstos na Constituição Federal e é o responsável por garantir a proteção à maioria dos trabalhadores brasileiros¹⁹.

Nesse sistema a filiação é **compulsória**, de forma que o segurado não pode se abster de pagar o RGPS por já pagar previdência privada, por exemplo. Devido a isso, o vínculo jurídico entre as partes (segurado e seguradora) não é contratual, mas estatutário. Uma das justificativas da compulsoriedade é a **solidariedade** do sistema protetivo que visa a garantir o benefício àqueles com cotização insuficiente, além da "miopia individual" das pessoas em não se precaverem de eventos futuros²⁰.

No entanto, para que o sistema seja autossustentável é necessário que os participantes, conjuntamente com os empregadores e o Estado, façam contribuições regulares. A **contributividade** dos participantes, aliada a uma administração **financeira e atuarial equilibrada**, garantirão o funcionamento pleno do sistema²¹.

¹⁶ IBRAHIM, *op.cit.*, p. 27.

¹⁷ *Ibid.*, p. 27.

¹⁸ *Ibid.*, p. 145.

¹⁹ *Ibid.*, p. 33.

²⁰ *Ibid.*, p. 29-30.

²¹ *Ibid.*, p. 29.

Assim, a forma de financiamento adotada e praticada pelo RGPS é a **repartição simples** em que todos os participantes contribuem para um fundo comum, administrado pelo Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), que será responsável pelo pagamento de todos os benefícios previstos na Lei 8.213/91²².

O Plano de Benefícios da Previdência Social, Lei 8.213/91, prevê em seu art. 1º as situações em que a previdência social assegurará aos participantes o benefício previdenciário:

Art. 1º A Previdência Social, mediante contribuição, tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, **tempo de serviço**, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente.

Desse modo, interessa, para o presente trabalho, a análise da situação daqueles que se aposentam por **tempo de serviço/tempo de contribuição**. Vale lembrar que todos aqueles que exercem atividade remunerada estarão automaticamente filiados ao RGPS, exceto os filiados ao RPPS, independentemente de sua vontade. Estes são os segurados obrigatórios.²³

1.4 Aposentadoria por Tempo de Contribuição

A aposentadoria por tempo de contribuição era conhecida, antes da Emenda Constitucional nº 20/98, como aposentadoria por tempo de serviço. A finalidade da mudança na nomenclatura foi reforçar o aspecto contributivo do regime previdenciário²⁴.

Antes dessa reforma, era comum a contagem do tempo de serviço do trabalhador mesmo quando ele não efetuava a correspondente contribuição, sem prejuízo de requerer futuramente o benefício previdenciário. Ocorre que essa prática não estava em consonância com o equilíbrio financeiro e atuarial da previdência social, conforme artigo 201, *caput*, CF/88²⁵.

A respeito dessa correlação da prestação em relação à contribuição, discutiu-se a conveniência da permanência, no sistema, do benefício previdenciário da

²² *Ibid.*, p. 40.

²³ *Ibid.*, p. 174.

²⁴ *Ibid.*, p. 618.

²⁵ *Ibid.*, p. 618.

aposentadoria por tempo de contribuição, uma vez que esse não protege nenhum risco social específico além de estimular a aposentadoria precoce²⁶.

No entanto, o legislador optou por manter esse benefício previdenciário, que está previsto na Constituição Federal, artigo 201, §7º, I, na Lei 8.213/91, nos artigos 52 a 56 e no Decreto-Lei 3.048/99, artigos 56 a 63. Tem como requisitos para seu requerimento 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, se homem, e 30 (trinta) anos de contribuição, se mulher²⁷.

Há de separar, entre as espécies de benefícios, aqueles que são devidos a partir de verdadeiros sinistros, ou seja, de puro risco, daqueles que podem ser e são programados.

Entre os primeiros estão a doença incapacitante, a invalidez, a morte, o desemprego, a reclusão. Caracterizam-se por serem eventos futuros, incertos e não-queridos. Para seu financiamento, o modelo ideal é o da repartição simples. Já os demais são eventos futuros, certos e queridos, como é o caso da aposentadoria por tempo de contribuição. Nestes casos, a capitalização dos recursos afigura-se um melhor sistema de financiamento.

Ocorre que, no Brasil e em diversos outros países, mesmo os benefícios de aposentadorias por tempo de contribuição - que, à toda evidência destinam-se a cobrir o risco social da incapacidade laboral decorrente da velhice – adotam o mesmo regime financeiro dos demais benefícios de puro risco, ou seja, o modelo de repartição simples.

Como esse modelo de financiamento não é adequado a natureza de benefício programado e como, do ponto de vista das finanças públicas, é inconveniente aportar recursos para capitalizar as contribuições já vertidas e gastas, criou-se o que se denomina de fator previdenciário, que traz aspectos de capitalização – que se denominou de capitalização virtual.

1.4.1 Fator Previdenciário

O fator previdenciário foi instituído pela Lei 9.876/99 por dois motivos principais: I) estabelecer uma relação entre a contribuição e a renda inicial dos

²⁶ *Ibid.*, p. 618.

²⁷ *Ibid.*, p. 619.

benefícios de forma a se aproximar do regime financeiro de capitalização e, II) respeitar o equilíbrio financeiro e atuarial da previdência social de forma a reduzir o déficit do RGPS²⁸.

Após a aprovação dessa lei, o art. 29 do Plano de Benefícios da Previdência Social (Lei 8.213/91) passou a ter a seguinte redação:

Art. 18. O Regime Geral de Previdência Social compreende as seguintes prestações, devidas inclusive em razão de eventos decorrentes de acidente do trabalho, expressas em benefícios e serviços:

I - quanto ao segurado:

b) aposentadoria por idade;

c) aposentadoria por tempo de contribuição;

Art. 29. O salário-de-benefício consiste:

I - para os benefícios de que tratam as alíneas b e c do inciso I do art. 18, na média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo, multiplicada pelo fator previdenciário;

§ 7º O fator previdenciário será calculado considerando-se a idade, a expectativa de sobrevida e o tempo de contribuição do segurado ao se aposentar (...)

Do exposto, nota-se que o fator previdenciário trabalha com três variáveis: I) idade, II) tempo de contribuição e, III) expectativa de sobrevida. O fator previdenciário poderá ser inferior, igual ou superior à um inteiro e será calculado em função dos aspectos pessoais, profissionais e demográficos, que definirão o valor do salário benefício do contribuinte²⁹.

Se inferior à unidade, irá reduzir o valor do benefício que resultar da primeira fase do cálculo, e, se superior, irá aumentá-lo, mas a renda mensal do segurado não poderá ser inferior ao salário mínimo e nem superior ao teto previdenciário.

Os destinatários obrigatórios do fator previdenciário são os trabalhadores filiados ao RGPS que se aposentam por tempo de contribuição, uma vez que a aplicação do fator aos que se aposentam por idade é facultativa, de acordo com o artigo 7º da Lei 9.876/99.

A finalidade da aplicação do fator previdenciário é desestimular a aposentação precoce, mas nada impede que o segurado o faça. Ocorre que o trabalhador se aposenta com fator previdenciário, que diminui o valor do seu benefício, e, até por conta disso, continua trabalhando. Como continua contribuindo

²⁸ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Princípios de Direito Previdenciário**. 2015, 6ª ed., São Paulo: LTr, p. 513, 516, 519, 522.

²⁹ *Ibid.*, p. 516.

para o sistema, surge a pretensão de averbar esse novo período de contribuição para uma nova aposentação e, conseqüentemente, novo cálculo do fator, de forma a aumentar o benefício percebido. Esse interesse é que justifica a tese da **desaposentação**.

1.5 Desaposentação

A desaposentação é a renúncia do titular de direito à sua aposentadoria visando a obtenção de prestação mais vantajosa, desde que não cause prejuízos a si e a terceiros. Esse aumento do benefício pretendido está relacionado à majoração do tempo de contribuição do segurado, sendo, portanto, fator determinante para que ele solicite novo cálculo da aposentadoria. Logo, o que leva o segurado a solicitar a desaposentação ou requerer novo benefício são as contribuições vertidas após sua aposentação³⁰.

A respeito disso, Wladimir Novaes Martinez conceitua da seguinte forma:

Desaposentação é um ato jurídico praticado pelo órgão gestor de previdência social a pedido do titular, mediante o qual é desconstituída a concessão e a manutenção de um benefício legitimamente concedido, compreendendo renúncia à aposentação em um mesmo regime ou com vistas em transportar o tempo de serviço para outro regime de previdência social visando à melhoria de situação³¹.

Do exposto, observa-se que é direito do segurado renunciar ao seu benefício com vistas a melhorar sua situação. Ocorre que, devido à falta de previsão legal, o órgão gestor vem negando a desaposentação por entender que viola o ato jurídico perfeito e o direito adquirido³².

Wladimir Novaes Martinez, por outro lado, entende que o segurado possui direito subjetivo de se desaposentar, desde que "sejam observados os expedientes administrativos e os pressupostos lógicos" como, por exemplo, a I) vontade do titular de direito, II) a melhoria da situação e III) ausência de prejuízo em relação ao titular, a terceiros e à instituição gestora³³.

No âmbito do RGPS, o interesse na renúncia do benefício e na conseqüente melhoria da situação ocorrem nas seguintes hipóteses: a) transformar a

³⁰ IBRAHIM, *op.cit.*, p. 728.

³¹ MARTINEZ, *op.cit.*, p. 573.

³² IBRAHIM, *op.cit.*, p. 728.

³³ MARTINEZ, *op.cit.*, p. 574.

aposentadoria proporcional em integral, b) passar da aposentadoria por tempo de contribuição para aposentadoria por idade, ou, c) melhorar o fator previdenciário³⁴.

Em relação ao prejuízo causado à instituição gestora no caso de revisão do benefício, entende Fábio Zambitte Ibrahim que a desaposentação não interfere no equilíbrio financeiro e atuarial do sistema previdenciário, "pois as cotizações posteriores à aquisição do benefício são atuarialmente imprevistas", de forma que não há impedimento constitucional para o segurado, que continuou contribuindo para a previdência, em requerer a revisão da sua renda mensal³⁵.

Nesse sentido, devido à vagueza do ordenamento jurídico em relação ao instituto da desaposentação, grande parte da argumentação desenvolvida no julgamento dos Recursos Extraordinários (RE) 661.256 e 827.833 vai trabalhar com a aplicação dos princípios constitucionais e previdenciários. Os princípios que interessam ao caso são: 1) Princípio da Legalidade, 2) Princípio da Solidariedade e da Contributividade, 3) Princípio do Custeio e Princípio das Prestações e 4) Princípio do Equilíbrio Financeiro e Atuarial.

1.6 Princípios

A abertura do texto constitucional e muitas vezes a imprecisão das leis levam seus aplicadores a utilizarem da interpretação com a finalidade de encontrar o sentido correto do texto normativo. De outra forma, a aplicação da lei resultaria na mera subsunção das normas³⁶.

Enquadrar o caso concreto à situação genérica prevista na lei é a regra no nosso sistema jurídico, porém, em ocasiões de abertura normativa, o intérprete terá que fazer a ponderação de valores e princípios em conflitos, de forma a fornecer uma resposta ao caso³⁷.

A respeito disso, Fábio Zambitte Ibrahim aponta que o conflito entre os princípios no direito previdenciário ocorrem, por exemplo, quando o aplicador da lei tem que decidir sobre a extensão de um benefício que atenda ao princípio da universalidade, mas contrário ao princípio da preexistência da fonte de custeio³⁸.

³⁴ *Ibid.*, p. 575.

³⁵ IBRAHIM, *op.cit.*, p. 729.

³⁶ *Ibid.*, p. 149.

³⁷ *Ibid.*, p. 149.

³⁸ *Ibid.*, p. 149.

Ele entende que o intérprete deve buscar, dentro das interpretações possíveis, aquela que melhor se encaixa ao caso concreto o que nas palavras de Dworkin seria a resposta correta.

Logo, antes de iniciar a forma como os princípios constitucionais e previdenciários foram utilizados no julgamento da desaposentação, na ótica Posner/Dworkin, faz-se necessária a sua conceitualização.

1.6.1 Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade, previsto no artigo 37 da Constituição Federal, prevê que a Administração Pública, seja ela direta ou indireta, deverá observar os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Diferentemente dos particulares que podem fazer tudo aquilo que a lei não proíba, a Administração Pública, para que possa agir, é necessário lei que autorize (atuação discricionária) ou imponha (atuação vinculada) determinada obrigação. Logo, a função administrativa está subordinada à função legislativa.

Ocorre que o dever de observância ao princípio da legalidade não está restrito apenas à lei formal e/ou à sua literalidade, mas ao ordenamento jurídico como um todo, de modo que, no caso da desaposentação, por exemplo, embora o instituto não esteja expressamente previsto na lei que trata dos benefícios previdenciários, o ordenamento jurídico permite a renúncia de direitos disponíveis. A questão é saber se a aposentadoria é um direito disponível do segurado.

1.6.2 Princípio da Solidariedade e da Contributividade

O princípio da solidariedade constitui um dos objetivos fundamentais da Constituição brasileira, disposto no inciso I do artigo 3º, e da seguridade social.

É através desse princípio que o sistema previdenciário se organiza, de forma a garantir proteção ampla e coletiva até mesmo àqueles que não contribuem. Fábio Zambitte explica, por exemplo, que "é esse princípio que permite e justifica uma pessoa ser aposentada por invalidez em seu primeiro dia de trabalho, sem ter qualquer contribuição recolhida ao sistema".³⁹

³⁹ *Ibid.*, p. 65.

Por esse motivo, a previdência social brasileira não é baseada no sistema de capitalização pura, mas no de repartição simples. Ocorre que a solidariedade do sistema não exclui a relação entre a contribuição vertida e o posterior benefício percebido, caso contrário estar-se-ia transformando a contribuição previdenciária em imposto.⁴⁰

Nesse sentido, Zambitte discorre que há "uma legítima expectativa, especialmente por parte dos segurados da previdência social, ao direcionar suas contribuições ao sistema protetivo, em receber uma prestação minimamente vinculada ao seu salário, como uma espécie de salário diferido"⁴¹.

Dessa forma, o exemplo mais marcante e que faz parte do presente estudo é a desaposentação. Os aposentados pelo Regime Geral da Previdência Social que retornam ao labor passam a contribuir para a previdência sem qualquer expectativa de benefício.⁴²

1.6.3 Princípio do custeio e Princípio das prestações

Segundo Wladimir Novaes Martinez, o princípio do custeio "é disposição lógica, técnica e jurídica". É disposição lógica porque sem recursos não é possível amparar os necessitados. É disposição técnica porque é necessário que haja correspondência entre receita e despesa. E é disposição jurídica por estar prevista na Constituição.⁴³

O princípio do custeio e o princípio das prestações estão intimamente ligados, de forma que o primeiro trata do financiamento da previdência e o segundo trata da contrapartida desta em reparar o filiado/contribuinte⁴⁴. O custeio se materializa na contribuição global enquanto a prestação se materializa na pessoa individualizada (*intuitu personae*)⁴⁵.

A Constituição Federal em seu artigo 195, §5º, e, com redação similar, a Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS) em seu artigo 158 tratam da relação entre custeio e prestações, de forma que "nenhum benefício ou serviço da seguridade

⁴⁰ *Ibid.*, p. 65.

⁴¹ *Ibid.*, p. 66.

⁴² *Ibid.*, p. 66.

⁴³ MARTINEZ, *op.cit.*, p. 148.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 165.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 152.

social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total".⁴⁶

Dessa forma, o legislador ordinário ou o intérprete do ordenamento jurídico devem observar o mandamento constitucional quando se pretender criar, majorar ou estender algum benefício previdenciário.

1.6.4 Princípios do Equilíbrio Financeiro e Atuarial

Se, no início do sistema, há muito mais contribuintes do que beneficiários, fator determinante de superávits, mesmo em regimes de repartição, este fato estimula a sociedade e, via de regra, seus representantes, a demandarem mais proteção, na forma de benefícios.

Isto ocorre até que a população protegida envelheça e alcance os benefícios tidos por programados, por exemplo, e o valor global da concessão dos benefícios supere a arrecadação.

Nos regimes de repartição, o ideal é que, no momento de maturidade do sistema, haja um equilíbrio entre o que se arrecada e o que se gasta, ou seja, uma base contribuinte suficiente para honrar o pagamento da população jubilada.

Assim, surgiu o que se denominou de princípio do equilíbrio financeiro e atuarial, no momento em que a previdência social brasileira passava por problemas de desajustes no balanço patrimonial (orçamentário), que também decorrem de outros fatores, como problemas demográficos, adoecimento geral da população, inversão da pirâmide etária, enfim, mais gente aposentada do que contribuindo⁴⁷.

O desequilíbrio patrimonial do sistema previdenciário prejudica seu funcionamento pleno, por isso há a necessidade de implantar medidas que controlem o gasto desordenado ou não previsto como é o caso da criação de benefícios sem fonte própria de custeio⁴⁸.

Pensando nisso, o Constituinte derivado alterou a redação do artigo 201 da Constituição Federal, por meio da Emenda Constitucional 20/98, de forma que a não

⁴⁶ *Ibid.*, p. 246.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 97.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 94.

observância do equilíbrio financeiro e atuarial pelo administrador incorre em manifesta situação de inconstitucionalidade⁴⁹.

Art. 201: A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei.

Portanto, para impedir a bancarrota do sistema, essa necessidade de haver um equilíbrio entre o custeio e os benefícios, inclusive como orientação ao legislador (que somente pode criar novos benefícios desde que indique a respectiva fonte de custeio), foi alçada ao nível de princípio constitucional.

Várias são as decorrências dessa norma, entre elas a obrigação de proceder a ajustes sempre que o sistema se mostrar deficitário por questões estruturais (não sazonais), é dizer, por problemas afetos, por exemplo, a um desequilíbrio decorrente de um rápido aumento de expectativa de vida da população.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 94 e 99.

2. TEORIAS DE JUSTIÇA

2.1 POSNER

2.1.1. Análise Econômica do Direito

Os tribunais constitucionais, por volta da segunda metade do século XX, deslocaram de uma interpretação positiva da constituição para uma interpretação constitucional que utiliza outras fontes do direito como, por exemplo, a moral. Essa mudança interpretativa demonstra o reconhecimento da abertura do texto constitucional e do exercício da discricionariedade judicial.⁵⁰

Nesse sentido, surgiram movimentos na filosofia jurídica oferecendo nova ótica sobre a interpretação do direito e sobre o seu processo decisório. Dentre os quais está a **Análise Econômica do Direito (AED)**. Segundo Thaís Nunes de Arruda, os adeptos da AED sustentavam que o direito como disciplina autônoma não era capaz de solucionar os problemas jurídicos com base em premissas fixas ou com base em um único método, de forma que se fazia necessário uma maior interdisciplinaridade dessa matéria.⁵¹

Paralelamente a esse movimento, existia uma corrente econômica que entendia a economia como a teoria das escolhas racionais e não somente como fenômenos econômicos particulares. Assim, os seres racionais moldariam seu comportamento de acordo com as restrições e incentivos que surgiriam no dia a dia, os quais nem sempre têm uma dimensão monetária.⁵²

Dessa forma, a AED expande seu objeto de estudo para áreas que extrapolam as relações estritamente econômicas e passa a analisar a forma como a economia influencia os comportamento sociais.⁵³

Esse primeiro momento da AED, que defendia a atuação estatal apenas no que se referia à correção das falhas de mercado, conhecido como **Escola de Chicago**, teve início com a publicação dos textos de Guido Calabresi (Some

⁵⁰ POSNER, Richard A.. **Economia da justiça**. 2010, 1a ed., São Paulo: WMF Martins Fontes Ltda., p. XI-XII.

⁵¹ ARRUDA, Thaís Nunes De. **Como os juízes decidem os casos difíceis?**: A guinada pragmática de Richard Posner e as críticas de Ronald Dworkin. 2011, Dissertação de Mestrado, São Paulo: Universidade de São Paulo, p. 70.

⁵² POSNER (2010a), *op.cit.*, p. XII.

⁵³ *Ibid.*, p. XIX.

Toughts on Risk Distribution and the Law of Torts) e Ronald H. Coase (The Problem of Social Cost).⁵⁴

Posner, um dos mais importantes pensadores dessa escola, em seus primeiros escritos, buscou desenvolver uma teoria da justiça segundo o critério da maximização da riqueza. Sobre esse critério, explica:

Esse termo pode facilmente ser entendido, de modo equivocado, como um simples critério financeiro, o que significaria que qualquer coisa que produzisse um aumento da receita pecuniária maximizaria a riqueza e, portanto, seria boa. Na verdade, porém, a essência dessa abordagem está em insistir que todos os custos e benefícios, inclusive os não pecuniários, sejam levados em conta para decidir o que é uma norma ou prática eficiente; e que sejam pecuniarizados - apenas para possibilitar uma comparação entre eles traduzindo-os numa unidade comum, o dinheiro.⁵⁵

Assim, a teoria da justiça proposta por Posner e orientada pelo critério da maximização da riqueza possibilita a análise do custo-benefício de práticas sociais que não possuem uma abordagem econômica.⁵⁶

Não quer dizer que a AED se olvide da abordagem jurídica no processo decisório. Procura, antes de tudo, promover a interdisciplinariedade do direito de modo a oferecer a este um critério objetivo para orientar a decisão judicial.⁵⁷

Logo, no universo em que os juízes podem exercer sua discricionariedade, a AED se coloca como uma teoria da justiça capaz de solucionar conflitos jurídicos por meio do critério objetivo e operacional da maximização da riqueza de modo a produzir resultados eficientes que evitem o desperdício social.⁵⁸

Ocorre que a maximização da riqueza se tornou cada vez mais uma explicação de sustentação do direito, de forma a produzir uma interdisciplinariedade contrária à proposta inicial da Escola de Chicago. Era, portanto, necessário o retorno de uma explicação mais cética, isso é, mais próxima do mundo dos fatos.⁵⁹

Assim, por volta de 1980, tem início a segunda fase da AED, **Escola de New Haven**, em que o modelo econômico da Escola de Chicago é flexibilizado, de modo que os fundamentos econômicos são utilizados apenas para comprovar a teoria sem a finalidade de observar o direito a partir de regras econômicas.⁶⁰

Nesse sentido, Thais Nunes de Arruda explica que os adeptos dessa

⁵⁴ ARRUDA, *op.cit.*, p. 70.

⁵⁵ POSNER(2010a), *op.cit.*, p. XIV.

⁵⁶ POSNER, Richard A.. **El análisis económico del derecho**. 2007, 2a ed., México: Fondo de Cultura Económica, p. 19.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 19.

⁵⁸ POSNER(2010a), *op.cit.*, p. XIV-XV.

⁵⁹ ARRUDA, *op.cit.*, p. 70.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 79.

segunda fase afirmam "que o direito pode ser compreendido como um sistema racional de comportamento, fundamentado em interesses econômicos". Essa nova perspectiva econômica do direito, mais pragmática, sugere que os fenômenos jurídicos devam ser explicados com base no teste de hipóteses.⁶¹

Diferentemente da Escola de Chicago, preocupada em fornecer uma ferramenta objetiva para fundamentar a decisão judicial em busca da eficiência, a guinada pragmática de Posner entende, nesse momento, que o direito deve visar às consequências das decisões e fundamentá-las com fontes de outras áreas do conhecimento.⁶²

Dessa forma, Posner defende que o direito e a economia se preocupem mais com as necessidades sociais e as possíveis consequências da decisão judicial do que em fornecer critérios objetivos e impessoais para a solução desta.⁶³

2.1.2 Maximização da Riqueza.

Este tópico busca demonstrar o que é a teoria da justiça eficientista de Posner e como o critério da maximização de riqueza é fundamento dela. A teoria da justiça de Posner, compreendida por ele como teoria moral, entende que uma decisão judicial é justa ou desejável se utilizado o critério da maximização da riqueza⁶⁴. Essa abordagem moral, segundo Posner, "permite a conciliação de três princípios éticos concorrentes: a utilidade, a liberdade e até a igualdade"⁶⁵.

Propõe, portanto, que as decisões jurídico-políticas observem o fundamento da maximização da riqueza como "critério de julgamento e equidade"⁶⁶. Para Bruno Salama, "isto leva à noção de que a maximização da riqueza (ou a eficiência, já que Posner utiliza as duas expressões indistintamente) seja fundacional ao direito, no sentido de que proveja um critério ético decisivo"⁶⁷.

Assim, a teoria eficientista é construída a partir da combinação de aspectos do utilitarismo de Bentham com a tradição Kantiana, sendo, então, uma mistura

⁶¹ *Ibid.*, p. 80.

⁶² *Ibid.*, p. 81.

⁶³ *Ibid.*, p. 81.

⁶⁴ POSNER(2010a), *op.cit.*, p. 138.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 138.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 138.

⁶⁷ SALAMA, Bruno Meyerhof. **A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner**. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (org.). Trinta Anos de Brasil: Diálogos entre Direito e Economia. São Paulo: Saraiva, 2012. Republicado: Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (RIDB), n. 1, 2012. https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35/. Acesso em 02.05.2017. Pág. 10.

entre tradições filosóficas rivais⁶⁸. Dessa forma, entende Posner que é possível desenvolver uma teoria moral que aproveite os melhores aspectos de cada uma dessas tradições.

Em relação ao utilitarismo, Posner entende que devam levados em consideração tanto o cálculo individual que é feito nas relações sociais como a consequência moral resultante deste⁶⁹. No entanto, no que tange ao critério da felicidade, ele entende que esse provoque invasões à liberdade individual, adotando em seu lugar o fundamento da maximização da riqueza⁷⁰.

Em relação à tradição Kantiana, Posner entende que é possível absorver os conceitos de consenso e autonomia, isso é, "o respeito às escolhas individuais é maior nesse sistema do que no utilitarismo"⁷¹. Em contrapartida, afirma que o perigo da teoria kantiana está no preciosismo moral ou extremismo⁷², conhecido como fanatismo Kantiano.

Diante do exposto, faz-se necessário analisar a relação entre a teoria moral de Posner e os aspectos das tradições filosóficas citadas. Primeiro, vejamos a relação com o utilitarismo de Bentham.

Quanto à relação entre a teoria eficientista de Posner e o utilitarismo de Bentham, Bruno Salama afirma que ambas são teorias consequencialistas, de modo que a moralidade de uma ação está diretamente ligada às suas consequências.⁷³

Outro aspecto que Posner aproveita do utilitarismo é a ideia do cálculo individual a fim de mensurar o bem-estar social como forma de verificar a eficácia de uma ação ou lei, tendo como objetivo a felicidade geral, isso é, a soma da felicidade de todos os indivíduos.⁷⁴

Logo, segundo Posner, "o utilitarismo é tanto uma teoria da moral individual como da justiça social": o homem justo é aquele que busca em suas ações maximizar a sua felicidade e a dos outros, assim como a sociedade justa, formada por homens justos, é aquela que busca a maximização da felicidade total⁷⁵.

A diferença entre o eficientismo de Posner e o utilitarismo de Bentham reside, então, no critério adotado para a maximização do bem-estar. A respeito disso, Bruno

⁶⁸ POSNER(2010a), *op.cit.*, p. 79.

⁶⁹ SALAMA, *op.cit.*, p. 10.

⁷⁰ POSNER(2010a), *op.cit.*, p. 79.

⁷¹ *Ibid.*, p. 79.

⁷² *Ibid.*, p. 70.

⁷³ SALAMA, *op.cit.*, pp. 10-11.

⁷⁴ POSNER(2010a), *op.cit.*, p. 59.

⁷⁵ *Ibid.*, pp. 62-63.

Salama explica que "a medida de riqueza adotada por Posner é o valor econômico, enquanto que a medida de utilidade adotada por Bentham é a felicidade"⁷⁶. Ou seja, enquanto para aquele uma decisão é justa quando maximiza a riqueza, para este é justa quando maximiza a felicidade.

Posner conceitua que o valor econômico é aquilo que uma pessoa está disposta a pagar por algo ou, se ela já possui esse algo, o valor que estaria disposta a receber para se desfazer dele⁷⁷. Logo, "a riqueza da sociedade é a totalidade da satisfação das preferências"⁷⁸ expressadas financeiramente na disposição de pagar e na disposição de receber.

Nesse sentido, Posner expõe alguns problemas que tornam a ética utilitária da felicidade impraticável. O primeiro problema enfrentado pela ética utilitarista é o campo de atuação, ele é incerto. Quais felicidades deveriam ser levadas em conta? A de todo ser vivo? Somente a felicidade dos seres humanos? Somente a dos cidadãos? E os estrangeiros? Ademais, a felicidade a ser calculada seria a felicidade média ou total? E, por fim, qual seria a técnica utilizada para medir o efeito de uma política pública, isto é, de que forma a ação contribui para a maximização da felicidade?⁷⁹

Juntamente ao problema da incerteza e indefinição, Posner entende que um dos maiores problemas do utilitarismo é aquilo que se poderia chamar de perigos do instrumentalismo ou monstruosidades morais⁸⁰. Poderia uma lei ou decisão judicial justificar a maximização de bem estar de um homicida por ter ele maior capacidade de sentir prazer do que a vítima em sentir dor?⁸¹.

Após analisar a relação entre o utilitarismo de Bentham e a teoria eficientista de Posner, parte-se agora para análise dos pontos de interseção desta última teoria e a filosofia moral de Kant. A respeito disso, Bruno Salama explica brevemente a diferença entre a abordagem consequencialista de Bentham e a deontológica de Kant:

A deontologia é o ramo da ética cujo objeto de estudo reside na discussão dos fundamentos do dever e das normas morais. O ponto central para distinguir a deontologia do consequencialismo reside no fato de que deontologia enxerga a justiça ou injustiça na própria conduta, e não nas suas consequências. Do ponto de vista da deontologia, a justiça depende

⁷⁶ SALAMA, *op.cit.*, p. 12.

⁷⁷ POSNER(2007), *op.cit.*, p. 36.

⁷⁸ POSNER(2010a), *op.cit.*, p. 73.

⁷⁹ *Ibid.*, pp. 62-66.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 68.

⁸¹ POSNER(2007), *op.cit.*, p. 38.

de um, ou de alguns, princípios de justiça.⁸²

Sobre a filosofia moral de Kant, Bruno Salama diz que a moralidade desta está fundada em normas morais categóricas. Para Kant, os imperativos categóricos são absolutos, de forma que a sua violação seria moralmente inaceitável mesmo que as consequências dessa violação sejam mais positivas que o seu cumprimento⁸³.

Posner entende que a teoria kantiana se mostra débil quando aplicada a casos limites (situações extremas). Em seu livro *Economia da Justiça*, Posner apresenta o exemplo hipotético de Bernard Williams:

Jim, que, a convite de um militar, foi visitar um país subdesenvolvido, onde um grupo de prisioneiros políticos está prestes a ser fuzilado". O militar propõe a Jim que mate um dos prisioneiros em troca da libertação dos demais. Williams alega que Jim não tem o dever de matar o prisioneiro, pois há uma diferença entre praticar o mal e abster-se de impedir que este ocorra. Mas, nesse exemplo, é difícil enxergar essa diferença. Se Jim recusar a proposta do militar, todos os prisioneiros morrerão. Se aceitá-la, todos se salvarão, menos um. Não há compensação. Ninguém se beneficiará se Jim aceitar a proposta. Todos sairão prejudicados, menos um.⁸⁴

Do exposto, nessas situações "os kantianos tentam evitar o extremismo fabricando exceções aos deveres categóricos que eles impõe"⁸⁵. De acordo com o exemplo hipotético de Williams, os kantianos diriam que matar é errado mesmo que resulte na maximização da felicidade. Por outro lado, aceitariam que a vida de uma única pessoa fosse sacrificada para salvar toda a humanidade.⁸⁶

Apesar de rejeitar o fanatismo kantiano pelos motivos já expostos, Posner acredita que a noção de autonomia e consentimento dessa filosofia possibilita que as pessoas sejam tratadas como fins e não como meios.⁸⁷

Depois de analisar e criticar o utilitarismo e o kantismo, Posner desenvolve o conceito de eficiência da maximização da riqueza em torno de duas ferramentas, de bases kantianas (autonomia e consentimento), que buscam superar as suas objeções feitas às essas duas tradições filosóficas rivais.

O termo eficiência possui diversas acepções. Os dois conceitos que interessam para esse estudo é o da ética de Pareto e o da ética de Kaldor-Hicks.

⁸² SALAMA, *op.cit.*, p. 16.

⁸³ *Ibid.*, p. 16.

⁸⁴ POSNER(2010a), *op.cit.*, p. 70.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 68.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 71.

⁸⁷ *Ibid.*, pp. 106-107.

Para as duas éticas entende-se que a eficiência se alcança através de transações voluntárias.

Para Posner, a alocação de recursos será eficiente na ótica de Pareto quando a transação melhorar a situação de pelos menos um indivíduo sem piorar a dos demais (Superioridade de Pareto ou melhora de Pareto). Logo, uma transação (alocação de recursos) será ótima para Pareto se se levar em consideração o consentimento dos envolvidos.⁸⁸

O critério da Superioridade de Pareto parece fornecer uma solução para o campo de incerteza e indefinição do utilitarismo - a dificuldade de mensurar a felicidade⁸⁹. Dessa forma, em uma transação que não gera prejuízo a terceiros e que há consentimento dos envolvidos é possível dizer que a alocação de recursos (felicidade, riqueza etc) resultante é melhor do que antes da transação⁹⁰.

O conceito de Pareto foi aplicado na tentativa de solucionar o problema utilitarista de mensuração da utilidade interpessoal. Mas é possível também encontrar nessa ética as bases da filosofia kantiana. O critério do consentimento e autonomia é o fundamento operacional da superioridade de Pareto.⁹¹

Em um primeiro momento há uma conexão entre a teoria da maximização da riqueza de Posner e a ética de Pareto. Sobre essa conexão, Bruno Salama explica que as trocas realizadas, segundo a vontade e a liberdade das partes, têm maior eficiência, de forma a promover a maximização da riqueza⁹².

Ocorre que o critério de Pareto tem pouca aplicabilidade no mundo real, uma vez que a maioria das transações tem efeitos sobre terceiros⁹³. Surge assim o conflito entre o consentimento e a maximização da riqueza⁹⁴. Os efeitos de uma transação sobre terceiros, conhecido como externalidades, não oferece uma solução para o problema da mensuração de utilidade⁹⁵.

Diante da incompatibilidade da concepção de eficiência de Pareto com a ética da maximização da riqueza, Posner entende que o critério de eficiência de Kaldor-Hicks é o que mais se aproxima de sua teoria moral.

⁸⁸ POSNER(2007), *op. cit.*, p. 39 e POSNER(2010), *op. cit.*, p. 105.

⁸⁹ POSNER(2010a), *op. cit.*, p. 66.

⁹⁰ POSNER(2007), *op. cit.*, p. 39.

⁹¹ POSNER(2010a), *op. cit.*, pp. 106-107.

⁹² SALAMA, *op. cit.*, p. 19.

⁹³ POSNER(2007), *op. cit.*, p. 39.

⁹⁴ POSNER(2010a), *op. cit.*, p. 107.

⁹⁵ SALAMA, *op. cit.*, pp. 19-20.

O conceito de Kaldor-Hicks, também chamado de superioridade potencial de Pareto, entende que os beneficiados de uma transação poderiam compensar os prejudicados mesmo que não o façam⁹⁶. Esse critério supera a restrição imposta pelo critério de Pareto, uma vez que permite que existam perdedores⁹⁷.

A esse respeito, Bruno Salama expõe que "pelo critério de Pareto os perdedores teriam que ser de fato compensados enquanto pelo critério de Kaldor-Hicks a compensação seria apenas possível"⁹⁸. Posner, ao defender a maximização da riqueza como critério de eficiência se utiliza do conceito de Kaldor-Hicks⁹⁹.

Ocorre que o critério de Kaldor-Hicks, ou maximização da riqueza, por permitir que haja terceiros perdedores em uma transação, entra em contradição com as bases kantianas da autonomia e do consenso.

Posner acredita que há uma maneira de conciliar a abordagem da maximização da riqueza com o consentimento. A esse respeito expõe:

Há, entretanto, outra maneira de conciliar a abordagem de Kaldor-Hicks, ou da maximização da riqueza, com a de Pareto, pelo menos em certos cenários. Isso é possível através da ideia de consentimento, que é o fundamento operacional, como eu já disse, do critério de Pareto. A forma de consentimento usada aqui é a compensação *ex ante*.¹⁰⁰

A compensação *ex ante* seria uma aceitação dos riscos em um mercado que muitas vezes é imperfeito. Para clarear essa ideia, Posner usa o exemplo da loteria em que uma pessoa que compra o bilhete consente, antes do resultado, na possibilidade de não ganhar o prêmio, desde que não haja fraude ou coação¹⁰¹.

Diante do exposto, conclui-se que a teoria efficientista de Posner, isso é, da maximização da riqueza, é desenvolvida com contribuições da ética utilitária, da ética kantiana, do critério de eficiência de Pareto e do critério eficiência de Kaldor-Hicks.

2.1.3. Adjudicação Pragmática

Em seu livro *Direito, Pragmatismo e Democracia*, de 2010, Posner conceitua sua teoria pragmática como uma tendência em basear ações em fatos e

⁹⁶ POSNER(2007), *op. cit.*, p. 40.

⁹⁷ SALAMA, *op. cit.*, pp. 20-21.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 21.

⁹⁹ POSNER(2007), *op. cit.*, p. 40.

¹⁰⁰ POSNER(2010a), *op. cit.*, p. 112.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 112.

consequências em vez de conceitualismos, generalidades, devoções e *slogans*. Entre as devoções rejeitadas está a ideia de perfeição humana; a concepção pragmatista da natureza humana não tem ilusões. Entre os conceitualismos rejeitados estão teorias morais, jurídicas e políticas, quando estas se oferecem para guiar a tomada de decisões jurídicas e outras formas de decisão.¹⁰²

Argumenta que os adeptos da teoria pragmática tendem a criar modelos teóricos que auxiliem no processo decisório, mas, ao seu ver, seria mais benéfico se eles focassem nas possíveis consequências práticas da decisão, utilizando o modelo teórico apenas para esclarecer as consequências como acontece, por exemplo, com a teoria econômica. "Diferentemente da ciência, à metafísica faltam critérios acordados para a avaliação de suas teorias".¹⁰³

A respeito disso, Thais Nunes de Arruda explica que, para Posner, o direito não precisa de fundações metafísicas. Para ele, as posições filosóficas são como dogmas, e argumenta que o filósofo pragmatista desvaloriza sua própria atividade, o filosofar, pois não se sente confortável quando lhe dizem que o valor da filosofia é inversamente proporcional ao da sua utilidade.¹⁰⁴ Assim, Posner busca diferenciar o pragmatismo filosófico do pragmatismo cotidiano e mostrar como este segundo é peça fundamental de sua teoria.¹⁰⁵

Para explicar o pragmatismo filosófico, Posner vai usar como metáfora a teoria de Darwin sobre os seres humanos. Assume que os seres humanos são animais inteligentes que se adaptam ao ambiente e resolvem melhor seus problemas cotidianos de forma prática e não teórica. "Isto é, nossa inteligência é essencialmente instrumental e não contemplativa. O raciocínio teórico dá continuidade ao raciocínio prático, não sendo uma faculdade humana separada".¹⁰⁶

Em relação a isso, ele explica o seguinte:

Pessoas de formações, experiências, atitudes e temperamento diferentes estarão afinadas com facetas diferentes do ambiente e terão ideias diferentes sobre como melhor proceder na tentativa de prevê-lo e controlá-lo. Só testando coisas diferentes - não apenas ideias diferentes, mas diferentes maneiras de viver - e comparando as consequências aprendemos quais abordagens são melhores para alcançar nossas metas, sejam elas quais forem (o pragmatismo não diz).¹⁰⁷

¹⁰² POSNER, Richard A.. **Direito, pragmatismo e democracia**. 2010, 1a ed., Rio de Janeiro: Forense, p. 2.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 3-4.

¹⁰⁴ ARRUDA, *op.cit.*, p. 121.

¹⁰⁵ POSNER(2010b), *op. cit.*, p. 3.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 3.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 7.

Assim, os pragmatistas acreditam que a melhor forma de encontrar a resposta seria pelo método experimental de investigação. A tentativa e erro do método experimental é a melhor forma de se conhecer o ambiente e, conseqüentemente, controlá-lo¹⁰⁸.

Acontece que o pragmatismo filosófico, apesar de compartilhar fundamento teórico com o pragmatismo cotidiano, está desconectado da prática jurídica por ser uma filosofia que se ocupa em criticar a teoria em vez de analisar a prática em si. O pragmatismo cotidiano procura priorizar os fatos, num sentido prático, para decidir, mas não quer dizer que negue as virtudes morais em jogo.¹⁰⁹

De acordo com Thais Nunes de Arruda, o pragmatismo, na visão de Posner, deve ser encarado mais como uma tradição, uma atitude, uma perspectiva, e não um corpo doutrinário, que tem afinidades em vez de uma extensão teórica.¹¹⁰

Posner entende que a ênfase no pragmatismo cotidiano esvazia o conteúdo moral do debate, de modo que não há limites morais. No entanto, não vê isso como um problema, ao contrário, vê como uma oportunidade de fortalecer sua teoria política e legal, uma vez que seria impossível de se chegar a um consenso em um debate moral numa sociedade tão heterogênea como a do Estados Unidos.¹¹¹

Feita essa diferenciação entre o pragmatismo filosófico e o pragmatismo cotidiano, Posner conceitua a **adjudicação pragmática** da seguinte forma:

[...] o juiz pragmático objetiva alcançar a decisão que seja mais **razoável**, levando em consideração todas as coisas, em que "todas as coisas" incluem tanto **consequências específicas quanto sistêmicas**, em seu sentido mais amplo.¹¹²

Diferentemente do que afirmam os críticos da adjudicação pragmática, esta não só analisa as melhores consequências imediatas (específicas) como também analisa possíveis consequências futuras (sistêmicas).¹¹³

Posner resume a consequência sistêmica na expressão "norma jurídica", isto é, levar em consideração o "valor político e social da continuidade, coerência, generalidade, imparcialidade e previsibilidade na definição e administração de direitos e deveres legais, de modo a não extinguir, mas a circunscrever o arbítrio

¹⁰⁸ ARRUDA, *op. cit.*, p. 86.

¹⁰⁹ POSNER(2010b), *op. cit.*, pp. 8-9.

¹¹⁰ ARRUDA, *op. cit.*, p. 122.

¹¹¹ POSNER(2010b), *op. cit.*, p. 43.

¹¹² *Ibid.*, p. 10.

¹¹³ *Ibid.*, p. 47.

judicial"¹¹⁴.

Ocorre que não há uma fórmula de balaceamento entre as consequências baseadas na norma (sistêmicas) e as específicas ao caso, de modo que, segundo Posner, a melhor maneira que um juiz pragmático tem para decidir seria balanceando todos os prós e contras¹¹⁵. Conforme explica:

Prós e Contras incluem não apenas as consequências específicas da decisão, desde que possam ser discernidas, mas também o material legal padrão e a desejabilidade de preservar os valores da norma jurídica. Abrangem ainda mais - incluem considerações psicológicas e ponderadas tão variadas que tornam a enumeração exaustiva impossível.¹¹⁶

Assim, segundo ele, a melhor definição do juiz pragmático continua sendo a de Holmes em que a vida do direito não tem sido "lógica", tem sido "experiência".¹¹⁷

Apesar da ênfase do pragmatismo na consequência, Posner entende que a adjudicação pragmática não seria uma forma de consequencialismo assim como é o utilitarismo, que avalia as ações pelo valor da consequência. "É por isso que prefere o termo *razoabilidade a melhores consequências* como padrão para avaliar as decisões judiciais de forma pragmática".¹¹⁸

Mas nem sempre os juízes pragmáticos decidem observando as melhores consequências, tem situações em que os fatos se encaixam na letra da lei ou na jurisprudência e, assim, decidirão de forma vinculada.¹¹⁹

Posner então pergunta se a decisão de acordo com a norma seria não pragmática. Ele responde o seguinte:

Não, porque o prejuízo por ignorar as consequências no caso particular deve ser pesado em relação ao ganho por simplificar, minimizar o arbítrio judicial, aumentar a transparência da lei e tornar as obrigações legais mais definitivas.¹²⁰

Assim sendo, o uso da razoabilidade como critério de orientação do juiz pragmático tem por objetivo aproximar as questões de fato e as questões de lei.¹²¹

Em suma, Posner explica que o pragmatismo legal foca na observação, na experiência e nos fatos específicos, mas não deixa de observar as consequências sistêmicas e a aplicação de princípios legais, até porque, como já exposto, as

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 48.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 50.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 50.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 45.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 50.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 52.

¹²⁰ *Ibid.*, pp. 53-54.

¹²¹ *Ibid.*, p. 58.

consequências sistêmicas são questões de fato.

Para ele, a questão é saber o nível certo de abstração. Os princípios que auxiliam na investigação experimental são diferentes de princípios abstratos, como a igualdade, a solidariedade e a isonomia, por exemplo.¹²²

De tanto criticar as teorias do direito por usarem demasiada abstração no processo decisório, Posner é acusado de ser um falso pragmatista, uma vez que ao se utilizar da teoria econômica aplicada ao direito isso o tornaria um dogmatista e não pragmático. Ele argumenta que um pragmatista não é contra toda teoria.

Nesse sentido, faz a seguinte consideração:

[...] apesar de os filósofos pragmatistas não pensarem que se possa provar que as teorias científicas incorporam verdades definitivas sobre a estrutura do universo, eles não duvidam da utilidade dessas teorias.¹²³

Esse debate sobre o papel da teoria no processo decisório ajuda "a refinar o sentido em que o pragmatismo suspeita de abstrações". Posner concorda que toda teoria científica depende da abstração. No entanto, "a abstração como uma ferramenta da ciência empírica é muito diferente da abstração como um ponto de parada, que é o tipo de abstração que se encontra na maior parte da teoria moral, filosófica e legal".¹²⁴

Para explicar essa diferença de abstrações, Posner usa o exemplo da economia em que o homem racional padrão diminuiria seu consumo de determinado produto ou serviço devido ao aumento de preço destes. E se o consumo aumentasse no lugar de diminuir? É aí que um economista pragmático atuaria ao aceitar os resultados da investigação no lugar de refutar os dados¹²⁵. Conclui que "a objeção do pragmatista não é à teoria, mas à má teoria, à teoria inútil, e a concessão do título honorífico de teoria à retórica formalista"¹²⁶.

Por fim, Posner conclui que sua teoria pragmática não está preocupada apenas com as consequências imediatas, não é uma forma de consequencialismo, não é hostil à ciência social, não é sem princípios e não rejeita a norma jurídica.

¹²² *Ibid.*, p. 58.

¹²³ *Ibid.*, p. 59.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 60.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 60.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 62.

2.1.4 Conceitos aplicados ao caso da desaposentação

Feitas essas colocações a respeito da teoria de justiça de Posner, especialmente, sobre a adjudicação pragmática. Parte-se, agora, para análise de alguns pontos da argumentação desenvolvida no caso da desaposentação no que tange à orientação às consequências.

No item anterior viu-se que Posner não exclui a possibilidade de aplicação das fontes formais do direito (normas, princípios e precedentes) quando há consenso sobre elas, isto é, quando o entendimento sobre determinada matéria já está pacificado.

Por outro lado, havendo discordância moral e abertura do texto constitucional, cabe ao juiz "decidir pragmaticamente, a partir de um juízo de políticas públicas sobre fatos e consequências ao invés de conceitualismos e generalidades, atentando para o mínimo de perturbação do sistema jurídico existente", é o que explica Thais Nunes de Arruda.¹²⁷

Nesse caso, em que não há consenso sobre a aplicação das fontes formais do direito nem lei regulamentando o instituto da desaposentação, os juízes deveriam, segundo Posner, decidir pragmaticamente de modo a observar e ponderar as possíveis consequências específicas e sistêmicas.

Quem assume esse papel, no julgamento da desaposentação, é o Ministro Gilmar Mendes. Ele argumenta que se deve observar o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial sob risco de gerar um rombo na previdência social e, assim, comprometer a execução das políticas públicas.

Vale lembrar que nem todos os princípios, segundo Posner, devem ser ignorados. Há princípios técnicos que guiam a investigação empírica como é o caso do princípio do equilíbrio econômico. Logo, o juiz pragmático ao utilizar esses princípios como guia de sua decisão se mostra preocupado também com as consequências sistêmicas.¹²⁸

Nesse sentido, entende Gilmar Mendes que o caso da desaposentação, que pode ter o impacto financeiro mensurável, deve ser decidido respeitando os princípios técnicos de funcionamento da previdência social, de forma a não

¹²⁷ ARRUDA, *op. cit.*, p. 166.

¹²⁸ POSNER(2010b), *op. cit.*, p. 58.

comprometer o orçamento do governo.

Inicialmente, ele argumenta que a Emenda Constitucional n. 20/98 foi pensada para atribuir maior eficácia ao princípio do equilíbrio financeiro e atuarial da previdência, até porque o sistema só funciona se for economicamente saudável.¹²⁹

Tendo em vista esse fato, a decisão judicial deve ponderar os impactos sociais e monetários, uma vez que os recursos são limitados. Assim, ao se optar pela desaposentação se está optando em privilegiar um pequeno grupo, conforme dispõe o trecho a seguir:

Diante dessas circunstâncias fáticas, não parece ser razoável que o Judiciário deixe de sopesar, com elevada sensibilidade, os impactos econômicos e sociais produzidos pelas alternativas constitucionais colocadas em debate [...]¹³⁰

No caso da desaposentação, por ser possível medir a consequência em termos financeiros, o experimentalismo ou tentativa e erro a que Posner se refere pode ser visualizado de antemão. O cenário de possíveis consequências pode ser observado através de cálculos do impacto financeiro e social ou na observação de situações semelhantes.

A respeito disso, o Ministro Gilmar Mendes relaciona a situação de calamidade financeira vivida pelo Estado do Rio de Janeiro com o peso da previdência social no orçamento desse:

A propósito, é bom lembrar que todos os jornais econômicos e também aqueles dedicados aos assuntos gerais focam, hoje, nas páginas econômicas, mas também nas páginas políticas, no debate que marca a situação financeira do Rio de Janeiro. E os números no Rio de Janeiro são muito conhecidos no que diz respeito aos servidores públicos. O Estado tem receita de 34 bilhões de reais, gasta 17 bilhões com o grupo chamado Rioprevidência, com 228 mil servidores. Por conseguinte, gasta metade do seu orçamento, da sua receita, com 228 mil pessoas. Consegue auferir 5 bilhões com contribuições de inativos e pensionistas, portanto um déficit de 12 bilhões que ele vinha mantendo com receitas da Petrobras e coisa do tipo, que já desapareceram. Os outros 17 bilhões que sobram é para atender a imensa população de pessoas. Portanto, gasta 17 bilhões com 228 mil pessoas e o restante desses 17 bilhões ele tem que gastar com todos os temas e com todos os servidores, inclusive com os servidores ativos do Poder Judiciário, do Poder Legislativo e do Poder Executivo. Assim, quando se perde esse equilíbrio, as consequências são aquelas que nós acabamos por conhecer.¹³¹

¹²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Recurso Extraordinário 661.256/SC. Relator: BARROSO, Roberto. Publicado no DJ de 28-09-2017 p. 271-272. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13687555>. Acessado em 16-11-2017.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 272.

¹³¹ *Ibid.*, p. 273-274.

Logo, permitir a desaposentação estimula a aposentadoria precoce e o consequente desembolso de benefícios previdenciários por tempo superior ao que o cálculo atuarial sustenta, o que é prova indireta de um descompasso existente entre as fontes de custeio e os gastos com benefícios, negando a própria política de proteção social.

Assim, de acordo com Posner, os juízes, em uma sociedade diversificada, devem focar na avaliação experimental de determinadas consequências da decisão em vez do debate moral, visto que o consenso neste último é impossível.

Ocorre que, no julgamento da desaposentação, o consenso não foi possível, uma vez que as linhas de argumentação jurídica utilizadas pelos juízes não foi a pragmática. Eles decidiram que um conflito de interesses dessa magnitude deveria ser equilibrado pelo poder Legislativo, que é o poder legítimo para criar direitos.

No entanto, Posner entende que em situações como essa, de inércia ou lentidão legislativa, o judiciário eventualmente será provocado pelas demandas sociais e, assim, será obrigado a oferecer uma resposta ao caso concreto, atuando como legislador ocasional.

2.2 DWORKIN

2.2.1 O que é o Direito?

Antes de desenvolver sua teoria da justiça, Dworkin, em sua obra *Império do Direito*, faz uma breve digressão do que seria o direito. Para ele, antes de entrar em acordo ou desacordo sobre determinada matéria, precisa-se, antes de tudo, definir o objeto em debate. Caso contrário, estaríamos achando que concordamos ou discordamos de algo quando, na verdade, estar-se-ia debatendo assuntos diferentes.¹³²

Dworkin começa explicando que os problemas jurídicos podem provocar três tipos de divergência sobre o que as pessoas acham que é o direito: divergência quanto a (i) questões de fato, (ii) questões de direito ou (iii) questões morais. Para

¹³² DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2014, 3a ed., São Paulo: Martins Fontes, p. 53.

ele, as divergências que ocorrem no tribunal entre advogados e juízes seria quanto a questões de direito. E sobre o que seria essa divergência?¹³³

A divergência no direito se dá nas alegações que "as pessoas fazem sobre aquilo que a lei lhes permite, proíbe ou autoriza", o que Dworkin chama de proposições jurídicas. Ocorre que essas proposições jurídicas são respaldadas pelos fundamentos do direito, que pode ser a palavra do rei/soberano, a Constituição ou o direito natural, por exemplo. Conclui, dessa forma, que as pessoas podem divergir quanto às proposições jurídicas (divergência empírica) ou quanto aos fundamentos do direito (divergência teórica).¹³⁴

Segundo Dworkin, os filósofos do direito ignoram que advogados e juízes dirijam quanto aos fundamentos da lei (divergência teórica); eles pensam que "o direito nada mais é que aquilo que as instituições jurídicas, como as legislaturas, as câmaras municipais e os tribunais, decidiram no passado", isso é, tratam o direito como simples questão de fato, como uma divergência empírica.¹³⁵

Dworkin vai criticar essas teorias positivistas, que sustentam o direito como simples questão de fato, como ponto de partida para o desenvolver sua teoria do direito.

Um dos primeiros teóricos da corrente positivista, John Austin, escreveu que uma regra jurídica é verdadeira em uma comunidade se ela foi editada pelo poder soberano (político). Para ele a obediência decorre da força. Por outro lado, H. L. A. Hart entende que além da força da lei "os fundamentos do direito também são encontrados na aceitação, por parte da comunidade como um todo, em uma regra fundamental".¹³⁶

Hart faz então a distinção entre regras primárias e regras secundárias. As regras primárias são aquelas que possuem comandos diretos concedendo direitos ou impondo obrigações enquanto as regras secundárias (regra fundamental) são aquelas que estipulam a edição e o funcionamento das regras primárias.

Para explicar como elas se relacionam Hart diz que "uma regra pode ser obrigatória (a) porque ela é aceita ou (b) porque ela é válida". Em uma sociedade primitiva existiria apenas regras primárias e elas seriam obrigatórias pela aceitação da comunidade. Já em uma comunidade com sistema jurídico constituído haveria

¹³³ *Ibid.*, pp. 5-6.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 6.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 10.

¹³⁶ *Ibid.*, pp. 41-42.

regras secundárias (de reconhecimento) que tornariam as regras obrigatórias pelo critério da validade, do respaldo.¹³⁷

Apesar dessas teorias positivistas possuírem um corpo rígido de regras, Austin e Hart reconhecem que "as regras possuem limites imprecisos", de forma que o juiz será convocado a exercer seu poder discricionário em casos de indeterminação.¹³⁸

Dworkin afirma que diante de casos difíceis em que as regras, sozinhas, não conseguem fornecer uma resposta ao caso concreto, "os juristas recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros padrões". Ele define princípios e política da seguinte forma:¹³⁹

"Denomino princípio um padrão que deve ser observado, não por que vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. (...) Denomino política aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade".¹⁴⁰

Segundo Dworkin, os princípios jurídicos podem ter obrigatoriedade de lei, assim como as regras jurídicas, de modo que os juízes devem levar em conta a sua aplicação nas decisões; ou podem ser compreendidos de forma diversa em que sua aplicação não seja mandatória ficando a critério do juiz (discricionariedade) seu uso na argumentação. Os positivistas adotam a segunda acepção dos princípios jurídicos, isso é, quando o juiz se depara com um caso difícil sem regra clara aplicável "deve ele exercer seu poder discricionário para decidi-lo mediante a criação de um novo item de legislação".¹⁴¹

A ideia de discricionariedade não parece se encaixar na teoria positivista. Como pode um sistema que se propõe objetivo e que tem seu critério de validade determinado pelas regras (lógica empírica) utilizar o poder discricionário (subjetivo) para decidir questões? Ao assumir essa ideia, os positivistas aceitam que não há resposta correta ou que há mais de uma.

Diante da insuficiência da teoria positivista, Dworkin desenvolve sua teoria da justiça como alternativa em que a prática do direito é uma prática argumentativa. Ele

¹³⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002, pp. 33-34.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 35.

¹³⁹ *Ibid.*, pp. 35-36.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 36.

¹⁴¹ *Ibid.*, pp. 46-50.

afirma que "os envolvidos nessa prática compreendem que aquilo que ela permite ou exige depende da verdade de certas proposições que só adquirem sentido através e no âmbito dela mesma".

Em resumo, as divergências teóricas só se tornam possíveis quando analisada do ponto de vista daqueles que fazem reivindicações, que Dworkin chama de ponto de vista interior da prática argumentativa.¹⁴²

2.2.2 Interpretação Criativa

Na parte anterior, item 2.1, buscou-se explicar a teoria da justiça de Richard Posner e contextualizá-la com a Análise Econômica do Direito. Além disso, analisou-se sua evolução desde a teoria da maximização da riqueza até a adjudicação pragmática. Esta última enfatiza o caráter político do magistrado em face da indeterminabilidade e escassez das fontes do direito, podendo o juiz atuar como legislador ocasional.¹⁴³

Em contrapartida à tese pragmática, em que nem todos os problemas jurídicos tem respostas corretas e em que há margem para o juiz pragmático escolher dentre as consequências possíveis aquela que lhe parecer melhor, Dworkin concebe a sua teoria do direito como exercício interpretativo no qual acredita que para toda questão jurídica há uma resposta correta.¹⁴⁴

A respeito disso, Thais Nunes de Arruda conceitua o direito, na concepção de Dworkin, da seguinte forma:

[...] uma prática argumentativa que depende, em grande parte, da mobilização e discussão de proposições argumentativas, o que só pode ser obtido do ponto de vista do participante do fenômeno jurídico, e não de um observador externo ou de técnicas alheias ao empreendimento jurídico.¹⁴⁵

A prática argumentativa do ponto de vista interior, do intérprete, pode ocorrer em diferentes ocasiões que demandam diferentes maneiras de interpretar. A forma mais comum de interpretação é a conversação em que o intérprete "atribui significados a partir dos supostos motivos, intenções e preocupações do orador, e apresenta suas conclusões como afirmações sobre a intenção deste ao dizer o que

¹⁴² DWORKIN(2014), *op. cit.*, pp. 17-18.

¹⁴³ ARRUDA, *op. cit.*, p. 176.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 177.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 178.

disse". A interpretação da conversação trabalha, então, com a intenção.¹⁴⁶

Existe também a interpretação científica em que o cientista colhe os dados de seu experimento e os interpreta. A interpretação aqui não depende da intenção do intérprete, mas de dados e fatos empíricos, que Dworkin define como interpretação causal (causa e efeito).¹⁴⁷

Porém, para Dworkin, a interpretação da prática social, que ocorre no direito, não é nem conversacional e nem científica, mas artística. Nesse sentido, explica que a interpretação das práticas sociais se assemelha à interpretação artística porque "ambas pretendem interpretar algo criado pelas pessoas como uma entidade distinta delas"¹⁴⁸.

A essas interpretações, interpretação das práticas sociais e artística, ele dá o nome de interpretação criativa/construtiva que, em linhas gerais, é "uma questão de impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam"¹⁴⁹.

Para Dworkin, "os juízes devem decidir o que é o direito interpretando o modo usual como os outros juízes decidiram o que é o direito"¹⁵⁰, isto é, "a natureza da argumentação jurídica se encontra na melhor interpretação moral das práticas sociais existentes"¹⁵¹.

Não quer dizer que os juízes possam interpretar uma prática social da forma que desejem. A interpretação criativa propõe que o intérprete tente extrair a essência da prática social, quer dizer, captar a intenção do autor e reproduzi-la da melhor maneira no contexto presente¹⁵².

Sobre a interpretação criativa, Dworkin faz a seguinte consideração:

[...] a interpretação criativa vai buscar sua estrutura na ideia de intenção do autor, não porque pretenda descobrir os propósitos de qualquer pessoa ou grupo histórico específico, mas porque pretende impor um propósito ao texto, aos dados ou às tradições que está interpretando¹⁵³.

Surge assim o problema em saber se pode uma interpretação ser melhor que outra quando são não apenas diferentes, mas contraditórias. Seria possível chegar à

¹⁴⁶ DWORKIN(2014), *op. cit.*, pp. 60-61.

¹⁴⁷ *Ibid.*, pp. 60-61.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 61.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 64.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 488.

¹⁵¹ ARRUDA, *op. cit.*, p. 178.

¹⁵² DWORKIN(2014), *op. cit.*, pp. 64-67.

¹⁵³ *Ibid.*, p. 275.

conclusão de que a interpretação do outro é correta ou errada?¹⁵⁴

Para Dworkin, a **primeira** resposta ao seu questionamento é que a maioria das pessoas acha que algumas interpretações são melhores que outras e que essas crenças nos leva a pensar que existem bons argumentos para aceitar uma nova interpretação em detrimento de uma antiga¹⁵⁵.

A respeito disso, Thais Nunes de Arruda afirma o seguinte:

[...] as controvérsias interpretativas giram em torno de divergências teóricas, ancoradas em concepções concorrentes de uma mesma prática, e não de divergências ou confusões conversacionais, como pretendeu Posner¹⁵⁶.

Assim, conclui Dworkin, por meio de sua hipótese estética (interpretação artística), que no exercício de interpretação jurídica o intérprete deve "reconstruir os conceitos e testar argumentativamente as melhores respostas à questão"¹⁵⁷.

Acontece que, segundo Dworkin, nenhuma interpretação estética pode ser demonstrada verdadeira ou falsa, nem mesmo por aqueles que possuem experiência e conhecimento sobre determinada arte.¹⁵⁸

Logo, as interpretações estéticas, por não serem demonstráveis, são juízos subjetivos¹⁵⁹. Mas não significa que não se possa demonstrar que uma interpretação seja melhor que outra. Dworkin entende que o melhor critério para analisar a melhor interpretação seria através do critério argumentativo¹⁶⁰.

Diferentemente de Posner, Dworkin não está preocupado em formar consenso para determinar qual a interpretação "correta" do direito, "mas com a coerência e a continuidade do empreendimento jurídico"¹⁶¹.

Contudo, há um **segundo** grupo pessoas que acreditam que "é um erro pensar que uma interpretação pode ser melhor que outra". Na opinião desses críticos, "nos casos difíceis não pode haver uma resposta certa, mas apenas respostas diferentes"¹⁶². Esse grupo de pessoas são céticas em relação a resposta correta no direito.

Dworkin divide o ceticismo em interior e exterior. O primeiro tipo se preocupa

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 94.

¹⁵⁵ *Ibid.*, pp. 94-95.

¹⁵⁶ ARRUDA, *op. cit.*, p. 185.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 185.

¹⁵⁸ DWORKIN, Ronald. *Law as Interpretation*. 1982, vol. 60, Texas Law Review, p. 535.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 535.

¹⁶⁰ ARRUDA, *op. cit.*, p. 187.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 189.

¹⁶² DWORKIN(2014), *op. cit.*, p. 95.

com a substância das afirmações morais que vai contestar enquanto o segundo tipo nega a objetividade moral contestando o processo interpretativo.¹⁶³

Em um caso difícil, o cético interior vai adotar uma posição interpretativa que poderia facilmente justificar a decisão. Acontece que qualquer posição que ele adote poderia ou não ser a correta, uma vez que não existe ferramenta objetiva para dizer quais princípios melhor se aplicam ao caso.¹⁶⁴

Já o cético exterior não nega que determinado argumento moral possa ser verdadeiro assim como tantos outros possam ser. Esse ceticismo não está preocupado em atacar a substância, mas preocupado em atacar impossibilidade do processo interpretativo em garantir a veracidade de suas afirmações.¹⁶⁵

A respeito do ceticismo exterior, Dworkin afirma que o cético exterior ao atacar o processo interpretativo estará ele assumindo um ponto de vista moral. Dessa forma, essa objeção cética não tem força para ameaçar o processo da interpretação criativa.¹⁶⁶

Já em relação ao ceticismo interior, Dworkin entende que a superação dessa objeção se realiza utilizando os mesmos argumentos morais que o cético interior. Dworkin o fará por meio de sua interpretação artística.

Em resumo, Dworkin sintetiza sua teoria jurídica para decidir casos difíceis como um exercício de interpretação artística/criativa/construtiva em que cada juiz seria uma romancista em cadeia.

Logo, os juízes devem levar em consideração o processo de construção do direito, isto é, o que foi feito coletivamente até o momento e o que se pretende fazer. Isso não significa que o romancista em cadeia tenha que reproduzir uma ideia, já obsoleta, de um século atrás, mas capturar a essência do que foi construído até agora.¹⁶⁷

2.2.3 Integridade no Direito e o Juiz Hércules

Contrariamente à tese positivista, em que há lacunas no direito, Dworkin se posiciona de forma que inexiste direito além do direito. Em sua abordagem da teoria

¹⁶³ *Ibid.*, pp. 96-98.

¹⁶⁴ *Ibid.*, pp. 317.

¹⁶⁵ *Ibid.*, pp. 98-102.

¹⁶⁶ ARRUDA, *op. cit.*, p. 199.

¹⁶⁷ DWORKIN(2014), *op. cit.*, p. 273.

da justiça, o juiz teria de considerar o direito como uma rede de trama fechada, sem espaços vazios.¹⁶⁸ Dessa forma, o romance em cadeia permite construir o direito como integridade, conforme se verifica no trecho abaixo:

[...] as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento.¹⁶⁹

Além disso, sua compreensão do ordenamento jurídico tem como base a íntima ligação entre direito e moral, sendo que o juiz, em sua análise, tem de olhar não só a letra positivada (o que o direito é), mas também princípios, políticas públicas ou quaisquer outros padrões jurídicos (o que o direito deve ser) que o auxiliem na solução do caso.¹⁷⁰

A respeito disso, Dworkin faz a seguinte consideração:

Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade.¹⁷¹

Seguindo essa linha, cabe destacar a diferença entre princípios e políticas públicas na visão dworkiniana: enquanto os primeiros dizem respeito a padrões relacionados aos conceitos de justiça, equidade e moralidade, os segundos têm um viés mais pragmático e objetivo, relacionados a uma melhoria das condições sociais, econômicas e políticas de determinada comunidade.¹⁷²

Os princípios seriam, destarte, um fator limitante das políticas públicas. Ou seja, para Dworkin, a decisão judicial deve ser pautada nos princípios, verificando sempre qual seria a opção mais justa para às partes (qual das partes teria o direito de ganhar), independentemente dos interesses da comunidade.¹⁷³

O sistema dworkiniano, que tem como seu alicerce os princípios, não abre possibilidades para indeterminações no ordenamento e presume, consequentemente por isso, ter sempre uma resposta correta para cada questão jurídica.¹⁷⁴

¹⁶⁸ ARRUDA, *op. cit.*, p. 179.

¹⁶⁹ DWORKIN(2014), *op. cit.*, p. 271.

¹⁷⁰ ARRUDA, *op. cit.*, p. 179.

¹⁷¹ DWORKIN(2014), *op. cit.*, p. 272.

¹⁷² ARRUDA, *op. cit.*, p. 179.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 179.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 179.

O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que ele fizeram (às vezes incluindo, como veremos, o que disseram) em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado.¹⁷⁵

Nesse sentido, o juiz, por meio de seu processo interpretativo, decidirá de acordo com a coerência histórica das decisões da comunidade, o que Dworkin conceitua como a integridade no direito.¹⁷⁶

Esse juiz capaz de trabalhar o processo interpretativo do direito é o juiz Hércules. Para Dworkin, Hércules é um juiz imaginário com "capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o direito como integridade".¹⁷⁷

A decisão final do juiz Hércules será obtida por meio de uma interpretação que reconheça a construção do direito e se adapte aos fatos passados ao mesmo tempo em que justifica a situação futura.¹⁷⁸

A respeito disso, Dworkin considera que o resultado alcançado por Hércules pode ser questionado. No entanto, esse resultado foi o que lhe pareceu melhor no momento da decisão.¹⁷⁹

Ademais, questionar o veredito de Hércules por achar que seu exercício interpretativo foi fraco ou que carece de melhor justificação não desmoraliza o direito como integridade, ao contrário, o fortalece.¹⁸⁰

Para Dworkin, a ameaça ao direito como integridade está em confundir princípios com políticas públicas. Os primeiros buscam afirmar a justiça e equidade entre as partes, enquanto os segundos buscam melhorar a situação da comunidade.¹⁸¹

O direito como integridade pressupõe, contudo, que os juízes se encontram em situação muito diversa daquela dos legisladores. [...] Os juízes devem tomar suas decisões sobre o *common law* com base em princípios, não em política [...].¹⁸²

Dessa forma, o pragmatismo jurídico de Posner seria uma ameaça constante

¹⁷⁵ DWORKIN(2014), *op. cit.*, p. 274.

¹⁷⁶ ARRUDA, *op. cit.*, p. 179.

¹⁷⁷ DWORKIN(2014), *op. cit.*, p. 287.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 287.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 287.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 287.

¹⁸¹ *Ibid.*, pp. 290-291.

¹⁸² *Ibid.*, p. 292.

à integridade do direito proposta por Dworkin, de modo que os direitos da comunidade e do todo prevaleceriam em detrimento dos direitos dos indivíduos que a compõem.¹⁸³

2.2.4 Conceitos aplicados ao caso da desaposentação

Feitas essas colocações a respeito da teoria de justiça de Dworkin, especialmente, sobre o exercício interpretativo do juiz Hércules. Parte-se, agora, para análise de alguns pontos da argumentação desenvolvida no caso da desaposentação sob a ótica da interpretação construtiva.

O relator do caso da desaposentação, Ministro Roberto Barroso, procura no desenvolvimento do seu voto praticar o romance em cadeia (interpretação construtiva). Para o presente trabalho interessa saber a forma como foram resgatados e justificados os princípios constitucionais.

Inicialmente, o Ministro Roberto Barroso faz a relação entre o princípio da solidariedade e o princípio da contributividade a fim de garantir os direitos dos segurados à desaposentação. Posteriormente, discorre sobre princípio do equilíbrio financeiro e atuarial argumentando que julgar a favor do direito à desaposentação não desrespeita as regras fiscais da previdência.

Quanto à solidariedade do sistema previdenciário, diz que ela justifica, por exemplo, que um trabalhador tenha contribuído apenas um mês e logo em seguida se aposente em decorrência de invalidez. Da mesma forma, é possível que um trabalhador contribua para a previdência a vida toda e morra antes de usufruir os benefícios da aposentadoria. Além disso, o sistema previdenciário também é financiado pelas empresas e governo.

Com relação à contributividade, afirma que o trabalhador, apesar de contribuir de forma global para o sistema, tem a expectativa de receber um benefício vinculado ao seu salário, conforme se verifica no voto a seguir:

Na linha do que já se demonstrou, a Constituição serve de fundamento específico tanto para a incidência da contribuição social referente ao RGPS (art. 195, II), quanto para os benefícios previdenciários devidos aos segurados, incluindo a contagem do tempo de contribuição para fins de concessão de aposentadoria e cálculo dos respectivos proventos (art. 201). Há, portanto, uma dimensão comutativa de base constitucional, ainda que

¹⁸³ ARRUDA, *op. cit.*, p. 181.

mitigada ou mitigável por fatores diversos, incluindo o princípio da solidariedade. Isso não significa, naturalmente, que o legislador disponha de liberdade absoluta para distribuir encargos e vantagens.¹⁸⁴

Do exposto, o Ministro Roberto Barroso entende que há uma correspondência mínima entre a contribuição e o benefício sob pena de anular o caráter contributivo. Nada impede que o legislador crie fontes de custeio que onerem a sociedade no geral, porém isso é diferente de exigir uma contribuição específica do trabalhador sem uma contrapartida.¹⁸⁵

Quanto ao equilíbrio financeiro e atuarial da previdência social, argumenta-se que a possibilidade de desaposentação estimula a aposentadoria precoce, de modo que essa não é a intenção da política pública/legislador. Por outro lado, o aposentado que continua laborando está contribuindo obrigatoriamente para a previdência, portanto, a fonte de custeio existe.

Acontece que dar o mesmo benefício de aposentadoria do contribuinte que permaneceu mais tempo em atividade àquele que se aposentou preconcedente e, portanto, realizou saques da previdência viola o princípio da isonomia.

Devido a isso, o Ministro Roberto Barroso propõe critérios diferenciados para os que querem desaposentar. Assim, o aposentado, que usufruiu dos saques realizados, ficaria em igualdade financeira com os que permaneceram mais tempo contribuindo.

Por fim, Barroso profere seu voto argumentando que, diante da falta de dispositivo legal, a interpretação constitucional permite a desaposentação sem que esse instituto desrespeite os princípios da solidariedade, da contributividade e do equilíbrio financeiro e atuarial.

¹⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *op. cit.*, p. 44.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 46-47.

3. TEORIA DOS SISTEMAS

Diante da complexificação da sociedade moderna, a Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann propõe a divisão da sociedade em sistemas. Assim, a sociedade seria o sistema global em que se divide em vários sistemas sociais com linguagem e operação próprias.

Nesse sentido, o direito, a política, bem como a economia são tidos como sistemas sociais que através de seus fechamentos operacionais, isto é, por meio das suas comunicações internas e suas autonomias em relação aos demais sistemas, contribuem para a redução da complexidade da sociedade por meio da comunicação entre eles.¹⁸⁶

No atual paradigma do Estado Democrático de Direito, a teoria dos sistemas tem papel fundamental no que se refere à estabilização das expectativas e à promoção dos direitos fundamentais, responsabilidade do sistema jurídico.

O Poder Judiciário, quando solicitado, ainda mais diante de um caso difícil, não pode deixar de decidir. Dessa forma, deve o direito buscar no seu fechamento operacional, por meio do código binário licitude/ilicitude, e na sua abertura cognitiva, a resposta para o problema concreto que culminará na decisão jurídica.

Nessas situações, o aplicador do direito, no processo de produção da decisão jurídica (autopoiese do sistema do direito), recorre a suplementos argumentativos em outros sistemas sociais como, por exemplo, na economia, na política ou na religião.¹⁸⁷

As teorias da justiça, ao se valerem desses suplementos, procuram fundamentos para a resposta mais benéfica, na ótica de Posner, ou correta, na ótica de Dworkin. A diferença entre a teoria de justiça de Posner e de Dworkin estaria, então, na forma como esses suplementos foram traduzidos e utilizados na justificação da decisão.¹⁸⁸

No próximo tópico será abordada a produção do direito (da decisão jurídica) por meio de seu fechamento operacional, a comunicação entre o direito e os demais sistemas, mediante o acoplamento estrutural, e, por fim, qual das teorias de justiça se adequa à teoria dos sistemas e, consequentemente, ao próprio direito.

¹⁸⁶ PEDRON, Flávio Quinaud. **Direito, Política e Constituição para a Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann**. p. 1.

¹⁸⁷ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **DECISÃO JURÍDICA E DEMOCRACIA: os suplementos da argumentação jurídica**. p. 426.

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 427.

3.1 Fechamento operativo e Acoplamento estrutural

A sociedade se apresenta multifacetária e complexa. Para que seja possível operar sem que o caos seja uma constante, ela se divide em sistemas operativos e autopoieticos, ou seja, pela capacidade de se autoproduzirem continuamente.¹⁸⁹

Os inúmeros sistemas em que se divide a sociedade têm, assim, a finalidade de darem respostas às igualmente inúmeras demandas e problemas que se apresentam, de forma eficiente.

Essa infinidade de questões postas na sociedade estimula a formação dos sistemas sociais e a sua diferenciação em relação ao ambiente, de forma a promover a delimitação do campo de atuação em que cada um irá operar.

São exemplos de sistemas o direito, a política, a economia, a religião, entre outros, cada qual com processos comunicativos próprios de funcionamento. O direito, por exemplo, em seu processo de reprodução e diferenciação, identifica quais elementos o comporão através do código binário lícito/ilícito.

Os sistemas, entretanto, não operam isoladamente, mas em relação a um ambiente que lhes circundam. Esses ambientes nada mais são do que o conjunto formado pelos demais sistemas, de forma que pode-se facilmente reduzir esse funcionamento pela operação Ambiente = Sociedade - Sistema.

Uma aparente contradição reside na característica de que os sistemas operam e decidem por regras próprias, mas se fossem independentes do ambiente que lhes envolve, essa decisão seria impossível, de modo que as decisões operadas por eles dependem das excitações que vem desse ambiente.¹⁹⁰

No entanto, o ambiente não exerce influência na operação interna dos sistemas, quer dizer, não de forma direta. Essa comunicação entre sistema e ambiente (demais sistemas) ocorre por meio do acoplamento estrutural entre os sistemas sociais, de modo que as irritações e influências do ambiente são filtradas e traduzidas na linguagem específica de cada sistema.¹⁹¹

Assim, a compreensão da sociedade em sistemas possibilita a redução da complexidade daquela, uma vez que o ambiente externo é sempre mais complexo que o ambiente interno. Ademais, esse processo de redução de complexidade, que

¹⁸⁹ NEVES, Rômulo Figueira. **Acoplamento estrutural, fechamento operativo e processos sobrecomunicativos na teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann**. 2005, Dissertação de Mestrado, São Paulo: Universidade de São Paulo, p. 17.

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 19.

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 17.

se dá por meio da diferenciação entre sistema e ambiente, é possível graças à clausura operativa.¹⁹²

A respeito disso, Luhmann afirma:

Chamamos esses sistemas de "operativamente fechados", pois eles se fiam em sua própria rede de operações para a produção de suas próprias operações e, nesse sentido, reproduzem-se.¹⁹³

Do exposto, nota-se que os sistemas autopoieticos reproduzem-se internamente a partir de elementos de operações anteriores e que servem de fundamento para as operações posteriores. Os sistemas são, portanto, autorreferenciais.¹⁹⁴

O fechamento operacional, no entanto, não exclui a possibilidade que o sistema tem de se relacionar com o ambiente, levando em consideração os valores que não lhe pertencem (heterorreferência). A essas influências externas dá-se o nome de ruídos ou irritações que o ambiente provoca no sistema.¹⁹⁵

Em relação a essa comunicação entre o sistema e o ambiente, Luhmann fala que aquele é cognitivamente aberto, conforme o trecho seguinte:

Cognitivamente aberto, porém, significa tão somente que o sistema produz as informações correspondentes a partir da posição de heterorreferência e as atribui às diferenças situadas em seu ambiente.¹⁹⁶

Dessa forma, a heterorreferência do sistema, isto é, a resposta às irritações externas, é "praticada somente no interior do sistema".¹⁹⁷

Fechamento operativo significa tão somente que a autopoiese do sistema pode ser executada unicamente com suas próprias operações e que a unidade do sistema pode ser reproduzida somente com as operações do próprio sistema, e, no sentido inverso, o sistema não pode operar em seu ambiente; portanto, não pode se ligar a seu ambiente usando as próprias operações do sistema.¹⁹⁸

O detalhe é que essa irritação externa alimenta a função exercida pelo sistema, mas a sua leitura se dá segundo as regras que lhe são própria e não segundo as regras do ambiente de que se originou.

Nesse sentido, Rômulo Figueira Neves explica que:

¹⁹² *Ibid.*, p. 17.

¹⁹³ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. 2016, São Paulo: Martins Fontes, p. 59.

¹⁹⁴ NEVES, *op. cit.*, p. 20.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 21.

¹⁹⁶ LUHMANN, *op. cit.*, p. 114.

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 114.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 589.

O termo "abertura" é utilizado aqui apenas para apresentar a ideia de que elementos externos são considerados, mas não são considerados "in natura". O sistema os observa, os percebe e, se preciso, os "traduz" a partir de seu próprio meio de comunicação simbolicamente generalizado, até mesmo para garantir sua autopoiese. É por essa "abertura" que o sistema consegue realizar o mecanismo de acoplamento estrutural e, sem internalizar elementos estruturais do ambiente, gerar seus elementos internos.¹⁹⁹

Logo, a interação entre sistema e ambiente se dá por via de informação, comunicação e participação, fatores que permitem a retroalimentação e consequente evolução da sociedade.

O sistema do direito opera no binômio licitude/ilicitude, de modo que recebe informação do ambiente (por irritação), faz a leitura, a processa segundo suas normas próprias, toma uma decisão e devolve ao ambiente também uma informação já qualificada pela sua atuação, passando, de modo inverso, a irritar outro(s) sistema(s) do ambiente de que se originou.

Isto não quer dizer que o sistema do direito, ou qualquer outro sistema, esteja absolutamente estanque e/ou isolado dos outros. É certo que cada um deles se utiliza de estruturas de decisão dos demais, o que Luhmann denominou de acoplamento estrutural, que se traduz numa forma de interrelacionamento necessário às inúmeras operações que fazem para darem respostas efetivas ao ambiente de que participam, num processo de autoconhecimento e conhecimento recíproco, mas que pode causar irritações no ambiente, que redundam em evolução dos sistemas envolvidos.

A respeito disso, Rômulo Figueira Neves faz a seguinte afirmação:

Pelo acoplamento estrutural um sistema pode se relacionar com sistemas altamente complexos do ambiente que o envolve, sem que precise alcançar ou reconstruir cognitivamente sua complexidade, mas apenas operacionalmente relacionar-se com os elementos do outro sistema, a fim de colocar em operação seus próprios elementos. Assim, um sistema pode utilizar estruturas mais avançadas do que as suas próprias sem a necessidade de compreender as suas lógicas de funcionamento.²⁰⁰

O acoplamento estrutural seria, então, uma membrana que filtraria as perturbações do ambiente, de forma a lhes dar significado por meio de operações próprias. É por meio dessa estrutura de comunicação que o sistema toma

¹⁹⁹ NEVES, *op. cit.*, p. 22.

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 55.

emprestado do ambiente ferramentas deste para realizar operações atribuindo significado próprio daquele.²⁰¹

A se observar, em qualquer situação, mesmo no caso de acoplamento estrutural, que a leitura e a utilização que se faz pode ser enriquecida pelas normas do sistema que se utiliza do acoplamento. Normas que podem, ademais, ser relidas a partir desse relacionamento intersistêmico.

A questão fundamental e que interessa ao presente trabalho diz respeito exatamente ao seguinte: no processo interno de operações que redundarão numa decisão, o sistema pode adotar regras de outros sistemas?

Como já afirmado, e aqui passa-se a focar no sistema do direito, este funciona no binômio licitude/ilicitude. Para cumprir sua função social, o direito constrói regras de operação que lhe são próprias e que devem redundar em uma decisão que passará a alimentar outros sistemas. Por razões lógicas e até ontológicas, o direito deve operar segundo suas próprias regras. Caso contrário, deixaria de servir à sociedade.

Tome-se, por exemplo, um tribunal que decide uma questão segundo regras exclusivamente do sistema da economia. Neste caso, o sistema do direito seria inútil, pois nada agregaria ao ambiente de que participa e, via de consequência, à sociedade.

O que se espera do direito, repita-se, é que, enquanto sistema, seja fustigado por uma informação que, no caso do exemplo, tenha origem no sistema operado pela economia e, a partir daí, faça uma leitura da informação segundo suas regras próprias.

Essa leitura é realizada por um sistema próprio de comunicação interna (por exemplo, um processo judicial, a doutrina, a jurisprudência) que redundará numa decisão que será devolvida não só ao sistema da economia, mas a todo o ambiente que lhe circunda, de modo que a sociedade espera do direito uma decisão transformadora do ambiente e que seja operada e produzida a partir das regras do direito, embora este possa, no seu processo operativo, ler as várias informações que advêm dos demais sistemas, mas, reforce-se, mediante uma leitura própria, transformadora.

²⁰¹ *Ibid.*, pp. 53-54.

3.2 Conceitos aplicados ao caso da desaposentação

Expostos os conceitos de sistema e ambiente, clausura operativa e acoplamento estrutural, parte-se, agora, para análise de como os fundamentos alheios à estrutura jurídica podem fazer parte da fundamentação do processo decisório e qual teoria de justiça, a de Posner ou a de Dworkin, mais se adequa à teoria dos sistemas de Luhmann.

Inicialmente, é importante notar que boa parte das decisões jurídicas apenas reproduzem as operações anteriores sem produzir alterações, isto é, apenas ditam qual norma, regra ou lei se aplica ao caso concreto, enquanto outras decisões, que não encontram resposta de imediato no direito, inovam no sistema produzindo variações.²⁰²

Essas decisões, que produzem alterações, buscam a sua fundamentação não apenas na regra ou princípio positivado (autorreferência), mas também em valores que pertencem a outros sistemas (heterorreferência).

As operações que se utilizam do código binário lícito/ilícito para responderem a um questionamento são operações que acontecem dentro do sistema do direito. Logo, qualquer pessoa que decida utilizando esse código estará proferindo uma decisão jurídica.²⁰³

Ocorre que não é toda decisão jurídica que tem relevância social, somente aquelas que são proferidas pelos órgãos judicantes, os responsáveis pela atualização do sistema. Nesse caso, os Tribunais têm o dever de aplicar o código do direito em suas decisões.²⁰⁴

No entanto, é comum os tribunais se utilizarem de outros sistemas como a economia, por exemplo, para decidirem uma questão jurídica argumentando o impacto financeiro de sua decisão na sociedade.²⁰⁵

A respeito disso, Rafael Lazzaroto Simioni afirma que o Poder Judiciário ao decidir uma questão jurídica utilizando outros códigos que não o direito estará produzindo uma decisão corrompida.²⁰⁶

²⁰² PEREIRA, Henrique Mioranza Koppe; Simioni, Rafael Lazzarotto. **A decisão jurídica em Niklas Luhmann: operação, diferença e abertura**. Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009. p. 6506.

²⁰³ *Ibid.*, p. 6501.

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 6501.

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 6501.

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 6502.

Assim, um juiz que decide se o autor da ação tem direito ou não com base nas consequências financeiras está, na verdade, tomando uma decisão econômica e não jurídica.

Nesse sentido, é interessante diferenciar quando o tribunal está decidindo com base no código do direito ou com base no código da economia, por exemplo.

No caso da desaposentação, o Ministro Gilmar Mendes ao fundamentar seu voto alegando impactos financeiros na previdência está utilizando o código da economia e não do direito. Nada impede que essa irritação econômica no fato social faça parte da fundamentação jurídica, que se dará por meio do acoplamento estrutural.

Assim, se se quiser negar o direito à desaposentação por causa do impacto econômico, poderia, ele, fundamentar seu voto utilizando princípios do direito que têm conexão com a economia como, por exemplo, o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial.

Importante notar que decidir um litígio que resulte nas melhores consequências possíveis não tem problema. O problema está em como o resultado será alcançado.

Logo, ao negar o direito à desaposentação para evitar impacto financeiro argumentando o direito com a linguagem própria, quer dizer, com princípios, tem-se uma decisão jurídica legítima. Porém, negar a desaposentação para evitar impacto financeiro argumentando insuficiência monetária, ou seja, na linguagem da economia, tem-se uma decisão econômica.

Ainda no que diz respeito ao caso da desaposentação, a decisão final, acórdão do Recurso Extraordinário 661.256/Santa Catarina, fixou a tese de que cabe ao Poder Legislativo, no âmbito do Regime Geral da Previdência Social, criar benefícios previdenciários. Nesse sentido, verifica-se que essa decisão é, na verdade, uma decisão política tomada com base no código binário poder/não-poder.

Observa-se, no caso da desaposentação, que, diante da inexistência de previsão legal, o judiciário foi demandado a fornecer uma solução. É esperado que, ao final do julgamento, o Supremo Tribunal Federal (STF), guardião da Constituição, dê uma resposta definitiva ao caso, seja aceitando ou negando a desaposentação por meio do código do direito.

Ao decidir que não cabia a ele a criação de benefício previdenciário, o STF

buscou, na sua visão, evitar atuar como legislador ocasional. Ocorre que decidir um caso difícil criando um direito não previsto, a partir da linguagem do próprio direito, não estaria o tribunal atuando como legislador ocasional. Ao contrário, estaria fornecendo uma decisão jurídica (resposta dentro do próprio direito). Logo, o STF agiu da forma que não queria.

Por fim, é de se notar que o problema da teoria da justiça de Posner, orientada às consequências, está em travestir as decisões tomadas pelos tribunais de decisão jurídica quando, na verdade, elas seriam decisões de outros sistemas.

Quanto à teoria de justiça de Dworkin, ela constrói seus fundamentos respeitando a teoria dos sistemas, uma vez que vai buscar dentro do próprio direito (código lícito/ilícito) e do processo de construção do direito (romance em cadeia) a resposta para o caso concreto.

CONCLUSÃO

O presente trabalho se dedicou a analisar aspectos das argumentações proferidas nos votos dos Ministros Gilmar Mendes e Luís Roberto Barroso, no julgamento dos Recursos Extraordinários n. 661.256 e n. 827.833, em face das teorias de justiça de Posner e de Dworkin, dentro do paradigma dos sistemas sociais de Luhmann, de modo a identificar as formas de manifestação do direito enquanto sistema social específico.

De fato, percebe-se que cada um dos Ministros utilizou-se predominantemente de uma teoria de justiça: o Ministro Gilmar Mendes adotou como guia de sua decisão a orientação às consequências econômicas, alinhando-se, pois, à teoria de justiça de Posner. Já o Ministro Luís Roberto Barroso claramente procurou justificar sua decisão utilizando o direito como integridade, isto é, em respeito ao que foi construído no direito até então (romance em cadeia).

Para entender qual das teorias de justiça que se mostra mais adequada à produção do direito, fez-se o uso da teoria dos sistemas de Luhmann. Para essa teoria, a sociedade está dividida em sistemas sociais que se comunicam entre si, mas que decidem segundo suas próprias estruturas. Dessa forma, para responder a uma questão jurídica, como é o caso da desaposentação, o sistema do direito deve construir sua decisão utilizando-se de sua própria linguagem.

Nesse diapasão, a teoria de justiça de Dworkin se apresenta mais adequada na fundamentação do processo decisório, pois respeita a linguagem do direito e busca resposta para as demandas dentro do próprio sistema jurídico que, para ele, se dá por meio da interpretação construtiva.

De forma diversa, a teoria de justiça de Posner se utiliza de linguagem de outros sistemas para responder questões jurídicas, ou seja, é orientada às consequências da decisão. Tal ferramenta se mostra inadequada para o direito, uma vez que decisões jurídicas lastreadas em estruturas alheias têm o efeito de esvaziá-lo.

No entanto, a orientação às consequências de Posner pode ser utilizada na arena política, uma vez que esta recebe irritações a todo momento e de todos os sistemas. Ao se discutir sobre a legalização do aborto, por exemplo, a orientação às consequências pode ser utilizada tanto para angariar votos conservadores, quanto

progressistas, uma vez que esta não faz distinção e não discute a moral. A teoria de justiça de Posner se mostra, então, mais adequada a decidir sobre políticas públicas.

As conclusões ora postas, a partir das análises feitas, ambiciona dar ao processo jurídico de decisão as feições do sistema em que está inserido, afastando-se, pois, de argumentação justificadora de decisões trazidas de fora, cuja consequência é a negação do próprio direito enquanto ciência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRUDA, Thais Nunes de. **Como os juízes decidem os casos difíceis? A guinada pragmática de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin**. Tese de Mestrado defendida na Universidade de São Paulo/Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito. São Paulo/Brasil, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Recurso Extraordinário 661.256/SC. Relator: BARROSO, Roberto. Publicado no DJ de 28-09-2017. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13687555>. Acesso em 16-11-2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Recurso Extraordinário 827.833/SC. Relator: BARROSO, Roberto. Publicado no DJ de 02-10-2017. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13704100>. Acesso em 16-11-2017.

Constituição Federal de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 28 de outubro de 2017.

DWORKIN, Ronald. **Law as interpretation**. In: Texas Law Review, Vol. 60, 1982. p. 527-550.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jeferson Luiz Camargo; revisão técnica: Gildo Sá Leitão Rios. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 19. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Princípios de direito previdenciário**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2015.

NEVES, Rômulo Figueira. **Acoplamento estrutural, fechamento operacional e processos sobrecomunicativos na teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann**. Tese de Mestrado defendida na Universidade de São Paulo/Departamento de Sociologia. São Paulo/Brasil, 2005.

PEDRON, Flávio Quinaud. **Direito, política e constituição para a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. Trabalho parcialmente apresentado como

monografia de conclusão da disciplina Sociologia Jurídica no Programa de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2004.

PEREIRA, Henrique Mioranza Koppe; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **A decisão jurídica em Niklas Luhmann: operação, diferença e abertura**. Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. Tradução: Evandro Ferreira e Silva; revisão técnica: Aníbal Mari. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução: Teresa Dias Carneiro; revisão técnica: Francisco Bilac M. Pinto Filho. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. Tradução: Eduardo L. Suárez. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner**. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (org.). Trinta Anos de Brasil: Diálogos entre Direito e Economia. São Paulo: Saraiva, 2012. Republicado: Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (RIDB), n. 1, 2012. https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35/. Acesso em 02.05.2017.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. "DECISÃO JURÍDICA E DEMOCRACIA: os suplementos da argumentação jurídica". In: SILVA, Artur Stamford da *et alli* (orgs). **Sociedade, direito e decisão em Niklas Luhmann**. Recife: Editora Universitária UFPE, 2009.

VÍDEOS

Pleno - Relator vota pela validade da desaposentação. STF (Supremo Tribunal Federal). Youtube, 10 out. 2014. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=sL_AthaBLyI>. Acesso em: 10 fev. 2017.

Pleno - STF julga inviável recálculo de aposentadoria por desaposentação sem previsão em lei (1/2). STF (Supremo Tribunal Federal). Youtube, 27 out. 2016. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=20UeVO9IEAw>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

Pleno - STF julga inviável recálculo de aposentadoria por desaposentação sem previsão em lei (2/2). STF (Supremo Tribunal Federal). Youtube, 27 out. 2016. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=7R18ROwY8j4>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

ANEXO

27/10/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 661.256 SANTA CATARINA

RELATOR	: MIN. ROBERTO BARROSO
REDATOR DO ACÓRDÃO	: MIN. DIAS TOFFOLI
RECTE.(S)	: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL FEDERAL
RECDO.(A/S)	: VALDEMAR RONCAGLIO
ADV.(A/S)	: ADILSON VIEIRA MACABU E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO- IBDP
ADV.(A/S)	: GISELE LEMOS KRAVCHYCHYN E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIAO
AM. CURIAE.	: CONFEDERAÇÃO BRASILEIRA DE APOSENTADOS E PENSIONISTAS - COBAP
ADV.(A/S)	: GABRIEL DORNELLES MARCOLIN

EMENTA

Constitucional. Previdenciário. Parágrafo 2º do art. 18 da Lei 8.213/91. Desaposentação. Renúncia a anterior benefício de aposentadoria. Utilização do tempo de serviço/contribuição que fundamentou a prestação previdenciária originária. Obtenção de benefício mais vantajoso. Julgamento em conjunto dos RE nºs 661.256/sc (em que reconhecida a repercussão geral) e 827.833/sc. Recursos extraordinários providos.

1. Nos RE nºs 661.256 e 827.833, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, interpostos pelo INSS e pela União, pugna-se pela reforma dos julgados dos Tribunais de origem, que reconheceram o direito de segurados à renúncia à aposentadoria, para, aproveitando-se das contribuições vertidas após a concessão desse benefício pelo RGPS, obter junto ao INSS regime de benefício posterior, mais vantajoso.

2. A Constituição de 1988 desenhou um sistema previdenciário de teor solidário e distributivo. inexistindo inconstitucionalidade na aludida

RE 661256 / SC

norma do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91, a qual veda aos aposentados que permaneçam em atividade, ou a essa retornem, o recebimento de qualquer prestação adicional em razão disso, exceto salário-família e reabilitação profissional.

3. Fixada a seguinte tese de repercussão geral no RE nº 661.256/SC: **“[n]o âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à ‘desaposentação’, sendo constitucional a regra do art. 18, § 2º, da Lei nº 8213/91”.**

4. Providos ambos os recursos extraordinários (RE nºs 661.256/SC e 827.833/SC).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, apreciando o tema 503 da repercussão geral, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso extraordinário. O Tribunal fixou tese nos seguintes termos: **“[n]o âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à ‘desaposentação’, sendo constitucional a regra do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91”.**

Brasília, 27 de outubro de 2016.

MINISTRO DIAS TOFFOLI

Relator p/o acórdão

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 661.256

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. AYRES BRITTO

RECTE.(S) : INSTITUTO NACIONAL DE SEGURO SOCIAL - INSS

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL FEDERAL

RECDO.(A/S) : VALDEMAR RONCAGLIO

ADV.(A/S) : ANDRÉ LUIZ PINTO

Decisão: Retirado de pauta em face da aposentadoria do Relator. Presidência do Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 26.11.2012.

Presidência do Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux e Rosa Weber.

Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira.

p/ Luiz Tomimatsu
Assessor-Chefe do Plenário

08/10/2014**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 661.256 SANTA CATARINA**

RELATOR	: MIN. ROBERTO BARROSO
REDATOR DO ACÓRDÃO	: MIN. DIAS TOFFOLI
RECTE.(S)	: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL FEDERAL
RECDO.(A/S)	: VALDEMAR RONCAGLIO
ADV.(A/S)	: ADILSON VIEIRA MACABU E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO- IBDP
ADV.(A/S)	: GISELE LEMOS KRAVCHYCHYN E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE.	: CONFEDERAÇÃO BRASILEIRA DE APOSENTADOS E PENSIONISTAS - COBAP
ADV.(A/S)	: GABRIEL DORNELLES MARCOLIN

RELATÓRIO:**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)**

1. Cuida-se, na origem, de ação pelo rito ordinário ajuizada por segurado em face do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. A discussão envolve o que tem sido apelidado de “desaposentação”. O autor pretende a cessação de aposentadoria especial, obtida em 08.10.1992, para que lhe seja reconhecido o direito à aposentadoria por tempo de contribuição. Afirma que, após a obtenção da aposentadoria especial, permaneceu em atividade remunerada, promovendo as respectivas contribuições previdenciárias, já havendo completado “mais de 35 anos de tempo de contribuição”. Diante disso, requer o autor “a condenação do INSS em cessar o atual benefício (...) e, imediatamente, conceder-lhe o benefício da aposentadoria por tempo de contribuição com DIB (data de início do benefício) em 21.09.2006”.

RE 661256 / SC

2. O pedido foi julgado improcedente em primeiro grau de jurisdição. Na sequência, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região proveu parcialmente a apelação interposta pelo autor, pois, embora tenha reconhecido o direito à desaposentação, condicionou a sua fruição à devolução integral dos proventos percebidos em razão da primeira aposentadoria. Confira-se a ementa do acórdão:

“PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO PARA RECEBIMENTO DE NOVA APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE NORMA IMPEDITIVA. NECESSIDADE DE DEVOLUÇÃO DO MONTANTE RECEBIDO NA VIGÊNCIA DO BENEFÍCIO ANTERIOR.

1. Tratando-se a aposentadoria de um direito patrimonial, de caráter disponível, é passível de renúncia. 2. Pretendendo o segurado renunciar à aposentadoria por tempo de serviço para postular novo jubramento, com a contagem do tempo de serviço em que esteve exercendo atividade vinculada ao RGPS e concomitantemente à percepção de proventos de aposentadoria, os valores recebidos da autarquia previdenciária a título de amparo deverão ser integralmente restituídos. Precedente da Terceira Seção desta Corte. 3. O art. 181-B do Dec. n. 3.048/99, acrescentado pelo Decreto nº 3.265/99, que previu a irrenunciabilidade e a irreversibilidade das aposentadorias por idade, tempo de contribuição/serviço e especial, como norma regulamentadora que é, acabou por extrapolar os limites a que está sujeita, porquanto somente a lei pode criar, modificar ou restringir direitos (inciso II do art. 5º da CRFB).”

3. Foram interpostos recurso especial pelo segurado e embargos de declaração pelo INSS. Desprovidos os embargos de declaração, o INSS interpôs recursos especial e extraordinário. O autor da ação, por sua vez, reiterou o interesse na apreciação do seu recurso especial.

RE 661256 / SC

4. Tais recursos especiais e extraordinário foram admitidos pelo Vice-Presidente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. A ministra Laurita Vaz, relatora dos recursos especiais no Superior Tribunal de Justiça, negou seguimento ao recurso especial do INSS e deu parcial provimento ao recurso do segurado, para reconhecer o direito à desaposentação independentemente da restituição dos valores percebidos em razão da primeira aposentadoria. Essa decisão foi mantida no julgamento do agravo regimental interposto em face daquela decisão, em acórdão assim ementado:

“PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE SOBRESTAMENTO. AUSÊNCIA DE AMPARO LEGAL. VIOLAÇÃO À CLÁUSULA DE RESERVA DE PLÊNÁRIO. INEXISTÊNCIA. APRECIÇÃO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. INADMISSIBILIDADE. RENÚNCIA A BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE. DIREITO PATRIMONIAL DISPONÍVEL. DEVOLUÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS. NÃO-OBIGATORIEDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Não subsiste o pleito de se determinar o sobrestamento do julgamento do presente recurso, sob a alegação de que o Supremo Tribunal Federal está apreciando a constitucionalidade do art. 18, § 2º, da Lei nº. 8.213/91, tanto por se tratar de pedido desprovido de amparo legal, quanto pelo fato de que a Suprema Corte não está decidindo a questão em tela em sede de controle abstrato de constitucionalidade.

2. Também não prevalece a alegação de ofensa à cláusula de reserva de plenário, uma vez que a decisão hostilizada, sequer implicitamente, declarou a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

3. A via especial, destinada à uniformização da interpretação do direito federal infraconstitucional, não se presta à análise de dispositivos da Constituição da República, ainda que para fins de prequestionamento, com o intuito de

RE 661256 / SC

interposição de recurso extraordinário.

4. Permanece incólume o entendimento firmado no decisório agravado, no sentido de que, por se tratar de direito patrimonial disponível, o segurado pode renunciar à sua aposentadoria com o propósito de obter benefício mais vantajoso, no regime geral de previdência social ou em regime próprio de previdência, mediante a utilização de seu tempo de contribuição, sendo certo, ainda, que, tal renúncia não implica em devolução dos valores percebidos.

5. Agravo regimental desprovido.”

5. Dessa decisão foram opostos embargos de declaração, que vieram a ser rejeitados. Na sequência, o INSS interpôs novo recurso extraordinário, que foi admitido pelo Vice-Presidente do STJ “como representativo da controvérsia, nos termos do art. 543-B, § 1º, do CPC”.

6. Em ambos os recursos extraordinários – contra a decisão do TRF-4 e contra a decisão do STJ –, o INSS alega três violações à Constituição: *(i)* garantia do ato jurídico perfeito (CF/1988, art. 5º, XXXVI); *(ii)* violação ao princípio da solidariedade (CF/1988, arts. 40, 194 e 195); e *(iii)* violação ao princípio da isonomia, aplicável entre os segurados (CF/1988, art. 5º, *caput*, e 201, § 1º). De forma mais específica, o INSS sustenta que a legislação em vigor, informada pelos elementos constitucionais acima referidos, conteria vedação expressa à desaposentação, a qual teria sido desconsiderada pelo acórdão recorrido.

7. Foi reconhecida a repercussão geral da matéria debatida nos mencionados recursos extraordinários, em decisão assim ementada:

“CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. § 2º DO ART. 18 DA LEI 8.213/91. DESAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA A BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA. UTILIZAÇÃO DO TEMPO DE SERVIÇO/CONTRIBUIÇÃO QUE FUNDAMENTOU A PRESTAÇÃO PREVIDENCIÁRIA ORIGINÁRIA. OBTENÇÃO DE BENEFÍCIO MAIS

RE 661256 / SC

VANTAJOSO. MATÉRIA EM DISCUSSÃO NO RE 381.367, DA RELATORIA DO MINISTRO MARCO AURÉLIO. PRESENÇA DA REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL DISCUTIDA.

Possui repercussão geral a questão constitucional alusiva à possibilidade de renúncia a benefício de aposentadoria, com a utilização do tempo de serviço/contribuição que fundamentou a prestação previdenciária originária para a obtenção de benefício mais vantajoso.”

8. O feito foi incluído em pauta de julgamento e posteriormente foi retirado, em virtude da aposentadoria do Min. Ayres Britto (vol. 12, fl. 1). Deferi o ingresso da União e do Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário (IBDP) como *amici curiae*.

9. A Procuradoria-Geral da República, por vislumbrar violação à reserva de plenário (art. 97 da CF/1988), manifestou-se pelo provimento de ambos os recursos extraordinários, de modo a se anularem o acórdão do TRF-4, que concedeu a melhora da aposentadoria dos autores, e o julgado do STJ, que os dispensou de restituir ao poder público federal as quantias auferidas em razão da aposentadoria menos vantajosa. Caso superada a questão antes mencionada, a PGR se manifestou, no mérito, pelo desprovimento de ambos os recursos, reconhecendo-se o direito à desaposentação independentemente da restituição dos valores percebidos quando da primeira aposentadoria.

10. Por fim, deferi o ingresso da Confederação Brasileira de Aposentados e Pensionistas (COBAP) como *amicus curiae*, e indeferi o ingresso do Sindicato Nacional dos Aposentados, Pensionistas e Idosos da Força Sindical (SINDNAPI), bem como o da Associação dos Auditores-Fiscais da receita Federal do Brasil (ANFIP).

11. É o relatório.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 661.256

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO

RECTE.(S) : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL FEDERAL

RECDO.(A/S) : VALDEMAR RONCAGLIO

ADV.(A/S) : ANDRÉ LUIZ PINTO

AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO- IBDP

ADV.(A/S) : GISELE LEMOS KRAVCHYCHYN E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : UNIÃO

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIAO

AM. CURIAE. : CONFEDERAÇÃO BRASILEIRA DE APOSENTADOS E

PENSIONISTAS - COBAP

ADV.(A/S) : GABRIEL DORNELLES MARCOLIN

Decisão: Retirado de pauta em face da aposentadoria do Relator. Presidência do Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 26.11.2012.

Decisão: Após o relatório, o julgamento foi suspenso. Ausentes a Ministra Cármen Lúcia, representando o Tribunal na *Viagem de Estudos sobre Justiça Transicional*, organizada pela Fundação Konrad Adenauer, em Berlim, entre os dias 5 e 9 de outubro de 2014, e na 100ª Sessão Plenária da Comissão Europeia para a Democracia pelo Direito (Comissão de Veneza), em Roma, nos dias 10 e 11 subsequentes, e o Ministro Dias Toffoli que, na qualidade de Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, participa do VII Fórum da Democracia de Bali, na Indonésia, no período de 8 a 13 de outubro de 2014. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 08.10.2014.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki e Roberto Barroso.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Fabiane Pereira de Oliveira Duarte
Assessora-Chefe do Plenário

09/10/2014

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 661.256 SANTA CATARINA

VOTO (VENCIDO):

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO

Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. REGIME GERAL. POSSIBILIDADE DE DESAPOSENTAÇÃO. NORMAS APLICÁVEIS.

1. O Regime Geral da Previdência Social – RGPS, aplicável a todos os trabalhadores da iniciativa privada, é informado por mandamentos constitucionais que incluem o equilíbrio financeiro e atuarial, a isonomia entre os segurados e a justiça intergeracional. O sistema é estruturado em torno de dois vetores: (a) o caráter contributivo e (b) o princípio da solidariedade.

2. A solidariedade decorre, dentre outros fatores, do modelo de financiamento, que abrange não apenas as contribuições dos empregados, mas também dos empregadores, além de recursos orçamentários e outras fontes de custeio. O caráter contributivo resulta do pagamento de contribuições pelos empregados, em troca de coberturas a serem fornecidas pelo sistema, que incluem a percepção de proventos com base no tempo e no valor das contribuições.

3. Em razão do princípio da solidariedade, não se exige uma correspondência estrita entre contribuição e benefício, até porque o sistema ampara pessoas que nunca contribuíram ou contribuíram de maneira muito limitada. Por outro lado, tendo em vista o caráter contributivo do modelo, exige-se algum grau de comutatividade entre o que se recolhe e o que se recebe. Como consequência, não é legítima a cobrança feita ao segurado sem qualquer contraprestação efetiva ou potencial.

4. A figura da desaposentação consiste na renúncia a uma primeira aposentadoria para obtenção de uma nova, em melhores condições, com utilização de contribuições posteriores, pagas em razão da volta à atividade. A Lei nº

RE 661256 / SC

8.213/91 – e seu art. 18, § 2º –, não cuida da desaposentação, por ter sido editada ao tempo em que as contribuições posteriores à aposentadoria eram restituídas ao segurado sob a forma de pecúlio.

5. Não sendo vedada pela legislação, a desaposentação é possível. No entanto, à falta de legislação específica – e até que ela sobrevenha –, a matéria sujeita-se à incidência direta dos princípios e regras constitucionais que cuidam do sistema previdenciário. Disso resulta que os proventos recebidos na vigência do vínculo anterior precisam ser levados em conta no cálculo dos proventos no novo vínculo, sob pena de violação do princípio da isonomia e do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema.

6. Até que seja editada lei que trate da matéria, será adotado o seguinte critério: no cálculo dos novos proventos, os fatores idade e expectativa de vida devem ser aferidos com referência ao momento de aquisição da primeira aposentadoria. Tal interpretação se impõe em razão da finalidade de tais fatores à luz do sistema constitucional: graduar o valor dos benefícios em função do tempo estimado de permanência do segurado no sistema. Do contrário, o servidor desaposentado receberia benefícios por prazo muito maior do que os outros segurados com a mesma idade e o mesmo tempo de contribuição.

7. Tal solução destina-se a colmatar uma lacuna existente no sistema jurídico em relação à desaposentação. Por essa razão, somente será aplicada 180 (cento e oitenta) dias após a publicação do presente acórdão, marco que servirá inclusive como termo *a quo* dos efeitos financeiros referentes aos pedidos de desaposentação não definitivamente decididos até a presente data. Nesse intervalo, se os Poderes Legislativo e Executivo entenderem que devem prover diferentemente acerca da matéria, observadas as diretrizes constitucionais aqui traçadas, o ato normativo que venham a editar deverá prevalecer.

8. Recursos extraordinários aos quais se dá provimento parcial, assentando-se a validade da desaposentação, observada

RE 661256 / SC

a condição enunciada no item anterior.

I. A HIPÓTESE

1. Os presentes recursos (REs 661.256 e 827.833) discutem a existência ou não do direito à chamada *desaposentação*, consistente na renúncia a uma aposentadoria concedida no Regime Geral da Previdência Social (RGPS) para fins de aquisição de um novo vínculo, em condições mais favoráveis, no mesmo sistema. De forma específica, a melhoria seria decorrente do fato de o segurado haver continuado em atividade laboral ou a ela haver retornado após a concessão do primeiro benefício, tendo efetuado novas contribuições previdenciárias obrigatórias, as quais pretende ver consideradas no cálculo do novo benefício.

2. O INSS alega três violações à Constituição: *(i)* garantia do ato jurídico perfeito (CF/1988, art. 5º, XXXVI); *(ii)* violação ao princípio da solidariedade (CF/1988, arts. 40, 194 e 195); e *(iii)* violação ao princípio da isonomia, aplicável entre os segurados (CF/1988, art. 5º, *caput*, e 201, § 1º). De forma mais específica, o INSS sustenta que a legislação em vigor, informada pelos elementos constitucionais acima referidos, conteria vedação expressa à desaposentação, a qual teria sido desconsiderada pelo acórdão recorrido. O dispositivo em questão é o art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/1991, cuja dicção é a seguinte:

“§ 2º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social–RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.” (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997)

3. Como se extrai da leitura, o artigo estabelece que o aposentado que passar a exercer atividade sujeita ao RGPS após a aposentadoria não fará jus a prestação alguma em decorrência disso, com

RE 661256 / SC

exceção do salário-família e da reabilitação profissional, quando empregado. Sem prejuízo disso, a mesma Lei nº 8.213/1991 prevê, em seu art. 11, § 3º, a cobrança da contribuição social incidente sobre os rendimentos do trabalho posteriores à aposentadoria, nos mesmos termos aplicáveis para os trabalhadores em geral. Veja-se o dispositivo:

“§ 3º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social–RGPS que estiver exercendo ou que voltar a exercer atividade abrangida por este Regime é segurado obrigatório em relação a essa atividade, ficando sujeito às contribuições de que trata a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, para fins de custeio da Seguridade Social”.

4. Existem, portanto, dois pontos a serem enfrentados: *(i)* a existência do direito à nova aposentadoria no RGPS, considerando as contribuições efetuadas antes e depois da cessação de aposentadoria anterior, bem como a alteração da idade; e *(ii)* caso se conclua pela existência de tal direito, saber se há necessidade de devolução dos valores recebidos com base no primeiro vínculo previdenciário, objeto de renúncia.

5. Antes de concluir a apresentação da matéria em exame, cumpre registrar que tramita na Corte o RE 381.367, atualmente sob a relatoria do Min. Marco Aurélio, no qual se discute a mesma questão de fundo. Esse recurso foi distribuído ao Min. Maurício Corrêa em 15.04.2003, muito antes de ser introduzida a sistemática da repercussão geral. O julgamento de mérito foi iniciado em 16.09.2010, tendo sido interrompido, por pedido de vista, após o voto do Ministro relator, que reconhecia o direito à desaposentação. Na ocasião, S. Exa. não se pronunciou quanto à necessidade ou não de restituição dos proventos já recebidos. Vale transcrever passagem conclusiva do voto proferido pelo Min. Marco Aurélio:

“Em síntese, ao trabalhador que, aposentado, retorna à

RE 661256 / SC

atividade cabe o ônus alusivo à contribuição, devendo-se a ele a contrapartida, os benefícios próprios, mais precisamente a consideração das novas contribuições para, voltando ao ócio com dignidade, calcular-se, ante o retorno e as novas contribuições e presentes os requisitos legais, o valor a que tem jus sob o ângulo da aposentadoria. Essa conclusão não resulta na necessidade de declarar-se inconstitucional o §2º do artigo 18 da Lei nº 8.213/91, mas em emprestar-lhe alcance consentâneo com a Carta Federal, ou seja, no sentido de afastar a duplicidade de benefício mas não o novo cálculo de parcela previdenciária que deva ser satisfeita. É como voto na espécie”.

6. Identificado o objeto da controvérsia, passo ao exame do mérito.

II. PRELIMINARMENTE: INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO

7. Em sua manifestação, o Ministério Público Federal sustenta que os acórdãos recorridos seriam nulos por violação ao art. 97 da Constituição, que condiciona a declaração da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo à decisão da maioria absoluta dos membros de tribunal ou do seu órgão especial. Segundo o *Parquet*, as Cortes de origem teriam negado aplicação ao art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/1991, cuja textualidade seria incompatível com qualquer leitura que autorize a desaposentação. A hipótese atrairia, assim, a aplicação da Súmula Vinculante 10, com a qual se pretende evitar a prática de negar vigência a determinado dispositivo legal sem a declaração explícita da sua invalidade.

8. Embora o argumento seja plausível, penso que não deve acolhido. O Superior Tribunal de Justiça, encarregado de uniformizar a interpretação da legislação federal, analisou a Lei nº 8.213/1991 e entendeu que a figura da desaposentação não foi objeto de disciplina

RE 661256 / SC

específica, sendo possível à luz dos fundamentos em que se apoia o sistema previdenciário. De forma específica, considerou que o art. 18, § 2º, trata das relações previdenciárias em curso, não cuidando da possibilidade ou não de renúncia e requerimento de novo vínculo. Não considero essa leitura artificial, sobretudo pela inexistência de dispositivo legal que impeça a abdicação da aposentadoria e/ou que associe a esse ato a consequência de impedir que as contribuições vertidas ao sistema tornem-se imprestáveis para aquisição de um novo benefício.

9. Em rigor, na linha do raciocínio que será desenvolvido ao longo do voto, entendo que a controvérsia se origina de uma deficiência na legislação que rege a matéria, que deixa de equacionar – de forma compatível com a ordem constitucional – a situação dos aposentados que retornam ao mercado de trabalho e efetuam novas contribuições obrigatórias para o RGPS. Essa insuficiência da Lei nº 8.213/1991 não decorre de uma suposta invalidade do art. 18, § 2º, mas da falta de dispositivos específicos sobre o tema. Diante disso, os tribunais de origem extraíram a solução que entenderam correta do sistema em vigor, inclusive das diretrizes constitucionais pertinentes. Essa operação, como se sabe, independe da chamada *reserva de plenário*.

10. De toda forma, a fim de evitar que este Tribunal deixe de poder apreciar a matéria de fundo por dúvidas de ordem formal, requisitei a subida de outro recurso extraordinário (RE 827.833) que versa sobre a mesma questão, com a ressalva de que o órgão *a quo* considerou necessário pronunciar a inconstitucionalidade do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/1991, na linha do que alega o Ministério Público. E o fez observando a reserva de plenário. A controvérsia acerca da possibilidade de desaposentação tem suscitado profunda dúvida na sociedade, com milhares de processos parados à espera de uma resposta definitiva por parte do STF. Retardar o exame da matéria apenas aumentaria a insegurança jurídica e a compreensível ansiedade dos potenciais afetados.

RE 661256 / SC**III. OS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL, CONTRIBUTIVO E SOLIDÁRIO**

11. O direito à previdência social tem sede na Constituição de 1988, que institui os parâmetros básicos para o financiamento do sistema previdenciário e o dimensionamento dos benefícios. Para o presente caso, interessa analisar o Regime Geral de Previdência Social (RGPS), de filiação obrigatória para os trabalhadores da iniciativa privada. Embora não entre em pormenores, a Constituição institui um sistema baseado em duplo fundamento: contributivo e solidário.

12. A dimensão contributiva encontra-se prevista, de forma expressa, no art. 195, II, que determina a cobrança de contribuições previdenciárias dos trabalhadores e demais segurados do sistema¹. Como se sabe, o art. 195, I, prevê a cobrança também sobre os empregadores², o que não deixa de ser uma forma de captação de recursos a partir do mercado de trabalho. A menção ao aspecto contributivo é reiterada no art. 201, que enuncia as coberturas mínimas do sistema e algumas normas básicas quanto ao seu financiamento, dentre as quais se destacam as seguintes:

(i) a diretriz geral é a busca por equilíbrio atuarial, de modo a que a previdência seja sustentável³;

1 CF/1988, art. 195: “A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: (...) II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201; (...)”. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

2 CF/1988, art. 195, II: “do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; b) a receita ou o faturamento; c) o lucro; (...)”. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

3 CF/1988, art. 201: “A previdência social será organizada sob a forma de regime geral,

RE 661256 / SC

(ii) em harmonia com essa premissa, a aposentadoria voluntária é condicionada a requisitos de idade e tempo de contribuição⁴, do que decorre tanto uma exigência de aportes mínimos quanto uma limitação do período provável de fruição dos benefícios;

(iii) os ganhos habituais do empregado devem ser computados para fins de cálculo das contribuições e dos benefícios⁵, o que revela a correspondência entre esses elementos e os rendimentos do segurado em atividade. Reforçando essa correlação, a EC nº 20/1998 revogou a previsão de que seriam considerados apenas os últimos trinta e seis salários de contribuição, passando a levar em conta o histórico completo de cada segurado;

(iv) todos os salários de contribuição considerados para o cálculo do benefício devem ser atualizados⁶, confirmando que o montante das contribuições é um dos fatores determinantes para a definição das prestações a que o segurado fará jus;

(v) seguindo a mesma lógica, os próprios benefícios devem ser atualizados com o objetivo de que se preserve o seu valor real⁷.

de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (...)”. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

4 CF/1988, art. 201, § 7º: “É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições: I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher; II - sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, reduzido em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal”. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

5 CF/1988, art. 201, § 11: “Os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e conseqüente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei”. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

6 CF/1988, art. 201, § 3º: “Todos os salários de contribuição considerados para o cálculo de benefício serão devidamente atualizados, na forma da lei”. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

7 CF/1988, art. 201, § 4º: “É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-

RE 661256 / SC

13. A segunda dimensão da seguridade em geral, e do sistema previdenciário em particular, é marcada pelo princípio da solidariedade. Em termos abrangentes, essa dimensão pode ser reconduzido ao próprio dever estatal de proteger a dignidade humana, no que se inclui a criação de uma rede social mínima que impeça as pessoas de caírem em situações de indignidade. De forma mais específica, esse aspecto pode ser extraído da previsão de que a seguridade deve ser custeada por toda a sociedade, e não apenas pelos seus beneficiários imediatos. Isso ganha conteúdo concreto com a já mencionada possibilidade de emprego de recursos dos orçamentos públicos e, sobretudo, pela autorização constitucional para a criação de outras fontes de custeio, em paralelo com as contribuições sociais⁸. Como se sabe, a solidariedade foi um dos fundamentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal para assentar a validade da cobrança de contribuições previdenciárias dos servidores inativos⁹.

14. O sistema normativo descrito até aqui permite constatar que a Constituição não teve a pretensão de impor uma fórmula rígida para o cálculo das contribuições e dos benefícios, deixando uma ampla margem de conformação ao legislador ordinário. De forma particular, não se extrai da ordem constitucional a exigência de que haja correlação estrita entre os aportes dos segurados e as prestações que receberão futuramente. De modo compatível com esse cenário normativo, a legislação brasileira consagra, historicamente, a opção por um modelo de repartição simples, em que todas as contribuições atuais formam um fundo geral para o custeio das prestações devidas no presente. Inexistem, assim, contas individuais vinculadas a cada segurado.

lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei". (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

8 CF/1988, art. 195, § 4º: "A lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I".

9 STF, ADI 3.105, DJ 18.02.2005, Rel. orig. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ o acórdão Min. Cezar Peluso.

RE 661256 / SC

15. Reforçando ainda mais essa perspectiva, as regras do sistema podem dar origem a situações de aparente *injustiça comutativa*, nas duas direções. Com efeito, é possível que segurados contribuam durante toda a vida sem que isso reverta em benefício algum – *e.g.*, nos casos de falecimento antes da aposentadoria, quando não haja pensionistas –, mas também é possível que os beneficiários recebam prestações, relevantes ou mesmo permanentes, a despeito de haverem contribuído de forma incipiente – *e.g.*, em casos de aposentadorias precoces por invalidez. A ideia geral, portanto, é a de um *seguro social*, que fornece coberturas para situações adversas a partir de uma determinada fórmula de equilíbrio atuarial, que inclui algumas variáveis aleatórias.

16. Isso não significa, contudo, que o legislador disponha de liberdade absoluta para formatar o sistema segundo quaisquer critérios de conveniência. Em vez disso, há pelo menos dois limites principais à sua atuação. *Em primeiro lugar*, a falta de uma comutatividade absoluta ou rígida entre contribuições e benefícios não significa que a correspondência possa ser inteiramente desprezada. Ao contrário, a Constituição deixa claro que os salários de contribuição compõem a base de cálculo para a definição das prestações previdenciárias e que estes, assim como os próprios benefícios resultantes, devem ser atualizados a fim de que preservem a sua expressão econômica. Essas circunstâncias têm levado este Supremo Tribunal Federal a destacar a existência de uma relação necessária entre os aportes dos segurados e as prestações estatais¹⁰.

10 A título de exemplo, v. STF, ADI-MC 2.010, DJ 12.04.2009, Rel. Min. Celso de Mello: “(...) O REGIME CONTRIBUTIVO É, POR ESSÊNCIA, UM REGIME DE CARÁTER EMINENTEMENTE RETRIBUTIVO. A QUESTÃO DO EQUILÍBRIO ATUARIAL (CF, ART. 195, § 5º). CONTRIBUIÇÃO DE SEGURIDADE SOCIAL SOBRE PENSÕES E PROVENTOS: AUSÊNCIA DE CAUSA SUFICIENTE. - Sem causa suficiente, não se justifica a instituição (ou a majoração) da contribuição de seguridade social, pois, no regime de previdência de caráter contributivo, deve haver, necessariamente, correlação entre custo e benefício. A existência de estrita vinculação causal entre contribuição e benefício põe em evidência a correção da fórmula segundo a qual não pode haver contribuição sem benefício, nem

RE 661256 / SC

17. *Em segundo lugar*, e com maior relevância, o modelo concebido pelo legislador precisa ser compatível com o princípio da isonomia, repartindo de forma equitativa os ônus e bônus do sistema previdenciário. Essa é uma exigência expressa do art. 201, § 1º, da Constituição, que impõe a adoção de critérios uniformes para a concessão de aposentadorias¹¹. Daí a necessidade de que a legislação institua uma fórmula estável de correspondência entre contribuições e benefícios, aplicável a todos os segurados. Essa fórmula conterà, inevitavelmente, algumas variáveis indeterminadas *a priori*, desde a maior ou menor extensão do período de fruição dos benefícios até a existência ou não de pensionistas. É de se notar, porém, que essas incógnitas aplicam-se ao conjunto de segurados de forma impessoal, e não seletivamente.

18. Feitas essas observações teóricas, já é possível analisar o tema específico da desaposentação.

IV. A DESAPOSENTAÇÃO À LUZ DO SISTEMA CONSTITUCIONAL

19. Como referido inicialmente, a chamada *desaposentação* consiste na renúncia à aposentadoria vigente, seguida da aquisição de novo vínculo em condições mais vantajosas. Na prática, a melhoria poderia decorrer de duas circunstâncias: *(i)* o envelhecimento do segurado desde a concessão do primeiro benefício, sendo essa uma das variáveis positivas no cálculo do fator previdenciário¹²; ou *(ii)* a realização

benefício sem contribuição. Doutrina. Precedente do STF. (...)”.

11 CF/1988, art. 201, § 1º: “É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar”. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005).

12 Lei nº 8.213/1991, art. 29, § 7º: “O fator previdenciário será calculado considerando-se a idade, a expectativa de sobrevida e o tempo de contribuição do segurado ao se

RE 661256 / SC

de novas contribuições após a primeira aposentadoria, as quais o segurado pretende ver computadas para a obtenção de proventos em valor superior ao que vinha percebendo. A primeira hipótese não constitui objeto dos recursos extraordinários ora em exame e, de toda forma, parece envolver clara burla às regras da previdência. A análise ficará concentrada na segunda situação, na qual o segurado permaneceu em atividade laboral, efetuou novas contribuições e pretende vê-las consideradas. O ponto de partida há de ser a identificação dos dispositivos constitucionais e legais pertinentes à matéria.

IV.1. O sistema normativo em vigor

20. Nos termos do art. 195, II, da Constituição, os aposentados pelo Regime Geral de Previdência Social são imunes à cobrança da contribuição social incidente sobre os rendimentos do trabalho¹³. Isso faz com que o pagamento desses benefícios guarde relação apenas com o conjunto de contribuições vertidas durante a atividade. Nessa situação, o eventual dever de continuar a contribuir com o financiamento do sistema, fundado na solidariedade, estará sujeito às mesmas condições aplicáveis às pessoas que não sejam filiadas ao RGPS – isto é, a sociedade em geral. O cenário é diverso, portanto, daquele atualmente verificado em relação aos regimes de previdência dos servidores públicos, que podem ser obrigados a pagar contribuições previdenciárias sobre os seus proventos, na linha da autorização introduzida pela EC nº 41/2003.

aposentar, segundo a fórmula constante do Anexo desta Lei”. (Incluído pela Lei nº 9.876, de 26.11.1999).

13 Embora o dispositivo já tenha sido transcrito, repete-se por facilidade, com destaque no trecho relevante: CF/1988, art. 195: “A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: (...) II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, **não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201;** (...)”. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

RE 661256 / SC

21. Nada impede, contudo, que o aposentado pelo regime geral permaneça em atividade – inclusive sob o mesmo vínculo empregatício existente ao tempo da aposentadoria –, ou então que a ela retorne. Nesses casos, a legislação vigente contém dispositivo claro quanto ao dever de recolher a contribuição social sobre os rendimentos do trabalho ativo – o já transcrito art. 11, § 3º, da Lei nº 8.213/1991 –, tendo a sua validade sido assentada por este Tribunal¹⁴. Ou seja, a lei segrega a relação jurídica anterior, que deu origem à aposentadoria, do novo período laboral, que dará respaldo à cobrança regular da contribuição social. Assim, no que concerne aos deveres, há igualdade entre as situações dos trabalhadores em geral e a dos aposentados que continuem a trabalhar.

22. Tal simetria não se reproduz, todavia, no que concerne aos direitos. Nos termos do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/1991, o aposentado que permaneça trabalhando e contribuindo “*não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado*”. Ficam excluídas, portanto, as prestações mais típicas e relevantes, que consistem na aposentadoria e na pensão. Ademais, na linha do que observou o denso parecer da Procuradoria-Geral da República, os dois benefícios concedidos são de fruição pouco provável por parte do universo de segurados em questão: o salário-família pressupõe que o segurado tenha dependentes menores de idade, o que não constitui situação corriqueira para indivíduos que já se aposentaram e retornaram à atividade laboral; tampouco parece provável o uso efetivo da reabilitação profissional,

14 STF, RE 437.640, DJ 02.03.2007, Rel. Min. Sepúlveda Pertence: “Contribuição previdenciária: aposentado que retorna à atividade: CF, art. 201, § 4º; L. 8.212/91, art. 12: aplicação à espécie, *mutatis mutandis*, da decisão plenária da ADIn 3.105, red. p/ acórdão Peluso, DJ 18.2.05. A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social (CF, art. 195); o art. 201, § 4º, da Constituição Federal ‘remete à lei os casos em que a contribuição repercute nos benefícios’”.

RE 661256 / SC

igualmente por razões etárias.

23. Em suma, é fato inequívoco que os aposentados em atividade contribuem em igualdade de condições e têm acesso a benefícios inexistentes ou extremamente limitados. E aqui é interessante observar que nem sempre foi assim. Em versões anteriores, a legislação previa, para esses segurados, o benefício adicional do *pecúlio*, que consistia justamente na devolução das contribuições efetuadas após a aposentadoria, corrigidas pelo índice da poupança. Esse pagamento era feito no momento em que o segurado se afastasse da atividade laboral, ingressando em definitivo na inatividade¹⁵. Isso praticamente anulava os efeitos financeiros das contribuições posteriores, restabelecendo a isonomia entre essas pessoas e os demais trabalhadores vinculados ao RGPS. Esse benefício foi extinto pela Lei nº 9.032/1995, que deu nova redação ao já referido art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/1991. Como se sabe, tal medida se insere, junto a outras, no esforço de reduzir o déficit específico da previdência.

24. Vale o registro, aliás, de que o referido déficit foi o fundamento central para o arquivamento do Projeto de Lei nº 2.687/2007, de autoria do Deputado Federal Cléber Verde, que se destinava a reconhecer o direito à desaposentação, dispensando expressamente a necessidade de restituição dos proventos já recebidos. A proposta foi arquivada na Câmara dos Deputados, por decisão da Comissão de Finanças e Tributação, com base no voto do relator então designado, Deputado Zeca Dirceu¹⁶. Em sua manifestação, S. Exa. destacou uma

15 Lei nº 8.213/1991, art. 81: “Serão devidos pecúlios: (...) II – ao segurado aposentado por idade ou por tempo de serviço pelo Regime Geral de Previdência Social que voltar a exercer atividade abrangida pelo mesmo, quando dela se afastar. (...)”; “Art. 82: No caso dos incisos I e II, o pecúlio consistirá no pagamento único de valor correspondente à soma das importâncias relativas às contribuições do segurado, remuneradas de acordo com o índice de remuneração básica dos depósitos de poupança com data de aniversário no dia primeiro”. (Dispositivos revogados pela Lei nº 9.032, de 1995).

16 A tramitação legislativa registra, porém, a existência de recurso para suscitar a

RE 661256 / SC

estimativa, elaborada pelo Ministério da Previdência Social, segundo a qual a admissibilidade de desaposentações tenderia a produzir, no longo prazo, um impacto de 69 bilhões de reais.

25. Como referido, essa projeção leva em conta um cenário em que os valores já recebidos seriam conservados pelos segurados. Mesmo que essa variável fosse alterada, é evidente que admitir a desaposentação impactaria o financiamento do RGPS. Embora esse fator deva ser seriamente analisado, os direitos que efetivamente decorram do sistema não podem ser simplesmente postos de lado a partir do cálculo utilitário de que novos encargos devem ser evitados a qualquer custo, ainda que disso resulte prejuízo inconstitucional para um conjunto de beneficiários. O sistema previdenciário tem um de seus pilares na ideia de solidariedade, permitindo que a sociedade seja chamada a contribuir para o custeio de uma rede social, em bases gerais e equitativas. Disso não se extrai uma carta branca para legitimar o esvaziamento seletivo de direitos, imputando ônus excessivos ou desproporcionais a determinados segmentos. É à luz dessas considerações que se passa a analisar a figura da desaposentação.

IV.2. O equilíbrio entre as dimensões contributiva e solidária

26. Como se procurou demonstrar, a Constituição estabelece as diretrizes essenciais do Regime Geral de Previdência Social, fundado no caráter contributivo e no princípio da solidariedade. A partir dessas balizas, o Congresso Nacional dispõe de ampla liberdade de conformação para estruturar o regime de financiamento e as prestações estatais, tendo em vista a necessidade de promover o equilíbrio atuarial do sistema e garantir a sua integridade para as gerações atuais e futuras. Nessa linha, o

apreciação da matéria no Plenário da Câmara dos Deputados, pendente de apreciação pela Mesa Diretora. Para acesso ao andamento da proposta, ao texto do projeto e ao parecer apresentado na Comissão de Tributação e Finanças, bem como nas demais Comissões que analisaram o tema, v. <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=381947>.

RE 661256 / SC

legislador instituiu o chamado fator previdenciário – que desestimula aposentadorias precoces¹⁷ – e criou limites para a revisão de benefícios, incluindo um prazo decadencial de dez anos, considerado válido em julgado recente, do qual fui relator¹⁸.

27. No caso em exame, a despeito da falta de uma vedação legal explícita¹⁹, o INSS sustenta que o art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/1991, tornaria ilícita a renúncia à aposentadoria para fins de obtenção de novo vínculo, mais vantajoso, que leve em conta contribuições posteriores à concessão do benefício original. Já a cobrança de tais contribuições seria válida, justificando-se pelo componente de solidariedade inerente ao sistema. Com a devida vênia, essa construção radical não parece compatível com as normas constitucionais que tratam do tema.

28. Isso porque é a própria Constituição que estabelece uma relação direta entre a cobrança da contribuição prevista no art. 195, II, incidente sobre os rendimentos do trabalho, e o direito ao conjunto de prestações da previdência social – começando pela mais importante, que é o direito à aposentadoria. Nessas condições, não é razoável que o Poder Público pretenda fazer incidir plenamente a primeira parte do sistema – impondo aos aposentados que continuem a trabalhar o dever de recolher

17 Lei nº 8.213/1991, art. 29, § 7º: “O fator previdenciário será calculado considerando-se a idade, a expectativa de sobrevida e o tempo de contribuição do segurado ao se aposentar, segundo a fórmula constante do Anexo desta Lei”. (Incluído pela Lei nº 9.876, de 26.11.1999)

18 STF, RE 626.489, j. 16.10.2013, Rel. Min. Luís Roberto Barroso.

19 Embora o ponto não seja enfatizado nem mesmo pelo INSS, cabe registrar que o Decreto nº 3.048/1999 (Regulamento do RGPS), em seu art. 181-B, estabelece que a aposentadoria seria “irreversível e irrenunciável”. Na linha do que sustentou a Procuradoria-Geral da República, é fora de dúvida a impropriedade de que se pretenda proibir a renúncia a um direito individual por ato infralegal, ainda mais quando se trate, como no caso, de projeções patrimoniais disponíveis. Apenas para facilitar a compreensão, veja-se o teor do dispositivo regulamentar: “Art. 181-B. As aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial concedidas pela previdência social, na forma deste Regulamento, são irreversíveis e irrenunciáveis. (...)”. (Incluído pelo Decreto nº 3.265, de 1999).

RE 661256 / SC

a contribuição social, em paridade com os demais trabalhadores –, mas paralise a segunda parte, esvaziando a consequência jurídica favorável associada a essa forma de tributação vinculada. A invocação genérica da ideia de solidariedade não é suficiente para autorizar esse tipo de recorte ou aplicação seletiva das normas constitucionais.

29. De forma sintomática, aliás, este Supremo Tribunal Federal entendeu que a incidência da contribuição previdenciária sobre os proventos dos servidores inativos dependia de expressa previsão constitucional. Também aqui, a ideia de solidariedade não foi suficiente para se admitir que a legislação ordinária excepcionasse a simetria então existente entre contribuições e prestações²⁰. O caso em tela envolve um tipo de exceção ainda mais sensível. No caso dos servidores, o que se admitiu foi a possibilidade de que os inativos sejam chamados a ajudar no financiamento do caixa geral que suporta os seus benefícios e o sistema como um todo. No presente caso, o que a Administração pretende é tratar o trabalho após a aposentadoria exatamente da mesma forma que a atividade anterior, mas apenas em relação aos ônus.

30. Vale dizer: a Constituição criou uma tributação sobre os rendimentos do trabalho e um conjunto de direitos daí decorrentes. O fato de a correlação entre esses vetores não se materializar em uma equação comutativa estrita não significa que o legislador infraconstitucional esteja autorizado a afastar a correspondência mínima. É isso o que ocorre quando se cria uma classe de pessoas que apenas contribuem, em igualdade de condições com os demais trabalhadores, mas não têm acesso a prestações minimamente semelhantes. Além de não estar prevista nas normas constitucionais que tratam especificamente do

20 Sobre a sequência normativa determinada pela edição de emendas, v. STF, AgRg no RE 424.055, DJ 05.05.2006, Rel. Min. Joaquim Barbosa: “(...) É inconstitucional a cobrança, após o advento da EC 20/1998, de contribuição previdenciária sobre os proventos de inativos e pensionistas, conforme jurisprudência firmada neste Supremo Tribunal Federal. Essa orientação aplica-se até o advento da Emenda Constitucional 41/2003, cujo art. 4º foi declarado constitucional por esta Corte, no julgamento das ADIs 3105 e 3128. (...)”

RE 661256 / SC

tema, esse tipo de disparidade seria de difícil compatibilização com a diretriz de valorização da função social do trabalho, prevista como um dos fundamentos da República e como princípio fundamental da ordem econômica.

31. Em suma: a possibilidade de renúncia a uma aposentadoria anterior para requerimento de uma nova é uma decorrência do sistema normativo em vigor, notadamente da combinação entre: *(i)* a imunidade dos proventos do RGPS em relação à contribuição social incidente sobre os rendimentos do trabalho; *(ii)* a cobrança da contribuição dos aposentados que retornam ao mercado de trabalho, sob o mesmo regime dos demais trabalhadores; e *(iii)* a inexistência de benefícios previdenciários específicos que justifiquem a incidência dessa tributação vinculada. Por tudo isso, se a legislação ordinária vedasse a desaposestação de forma expressa, a sua compatibilidade com o atual texto constitucional seria no mínimo duvidosa.

32. Como visto, contudo, o Superior Tribunal de Justiça interpretou o art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/1991 como uma vedação à concessão de benefícios adicionais no âmbito da relação previdenciária existente, sem que disso se extraia um obstáculo à renúncia do vínculo original, seguida da celebração de um novo. Ainda que não seja evidente, essa é uma leitura possível do dispositivo em tela, sendo a única que o torna compatível com a Constituição. Foi essa, igualmente, a linha adotada pelo Min. Marco Aurélio no RE 381.367, já mencionado. Para completar o raciocínio, é necessário tecer algumas considerações quanto aos proventos recebidos na constância da primeira aposentadoria. Esse é o objeto do próximo tópico.

IV.3. A necessidade de que sejam levados em conta os proventos já recebidos

33. Uma vez assentado que o sistema constitucional brasileiro

RE 661256 / SC

atual não é compatível com uma vedação absoluta à desaposentação, resta analisar a necessidade de restituição dos valores já recebidos a título de proventos, com base no vínculo anterior. Quanto a esse tema, o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que a devolução seria indevida, uma vez que os valores foram percebidos de forma lícita na vigência de uma relação válida²¹. O relator na ocasião, Min. Herman Benjamin, ressaltou seu entendimento pessoal no sentido de ser necessária a restituição a fim de que ambas as partes sejam recolocadas no *status quo ante*²². Com alguns temperamentos de que

21 STJ, REsp 1.334.488, DJe 14.05.2013, Rel. Min. Herman Benjamin: “RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DESAPOSENTAÇÃO E REAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA A APOSENTADORIA. CONCESSÃO DE NOVO E POSTERIOR JUBILAMENTO. DEVOLUÇÃO DE VALORES. DESNECESSIDADE. 1. Trata-se de Recursos Especiais com intuito, por parte do INSS, de declarar impossibilidade de renúncia a aposentadoria e, por parte do segurado, de dispensa de devolução de valores recebidos de aposentadoria a que pretende abdicar. 2. A pretensão do segurado consiste em renunciar à aposentadoria concedida para computar período contributivo utilizado, conjuntamente com os salários de contribuição da atividade em que permaneceu trabalhando, para a concessão de posterior e nova aposentação. 3. Os benefícios previdenciários são direitos patrimoniais disponíveis e, portanto, suscetíveis de desistência pelos seus titulares, prescindindo-se da devolução dos valores recebidos da aposentadoria a que o segurado deseja preterir para a concessão de novo e posterior jubramento. Precedentes do STJ. 4. Ressalva do entendimento pessoal do Relator quanto à necessidade de devolução dos valores para a reaposentação, conforme votos vencidos proferidos no REsp 1.298.391/RS; nos Agravos Regimentais nos REsps 1.321.667/PR, 1.305.351/RS, 1.321.667/PR, 1.323.464/RS, 1.324.193/PR, 1.324.603/RS, 1.325.300/SC, 1.305.738/RS; e no AgRg no AREsp 103.509/PE. 5. No caso concreto, o Tribunal de origem reconheceu o direito à desaposentação, mas condicionou posterior aposentadoria ao ressarcimento dos valores recebidos do benefício anterior, razão por que deve ser afastada a imposição de devolução. 6. Recurso Especial do INSS não provido, e Recurso Especial do segurado provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ”.

22 Veja-se a seguinte passagem do voto proferido pelo Min. Herman Benjamin, que ilustra a compreensão de S. Exa.: “Enfim, um período determinado de contribuições do segurado representa parte do custeio de uma aposentadoria a contar do momento de sua concessão. Se este mesmo benefício é desconstituído para conceder um novo, obviamente

RE 661256 / SC

tratarei mais à frente, considero ser essa a posição correta. E isso pelos mesmos fundamentos teóricos que me levam a admitir a desaposentação.

34. Com efeito, a questão que se coloca não tem a ver com a validade ou invalidade dos proventos já recebidos – cuja percepção era inequivocamente lícita segundo o vínculo então existente –, e sim com a necessidade de universalização da fórmula atuarial básica oferecida a todos os segurados. Assim, da mesma forma que o Poder Público não pode, aplicando a Constituição pela metade, criar uma categoria de contribuintes destituídos dos direitos a todos reconhecidos, também não pode outorgar um regime mais vantajoso àqueles que, por circunstâncias diversas, venham a optar pela desaposentação. É isso o que ocorreria caso o segundo vínculo pudesse ser estabelecido com desprezo aos valores já recebidos do sistema previdenciário. A demonstração do ponto não é banal, mas pode ser feita tanto conceitualmente quanto por meio de uma comparação objetiva entre situações.

35. No plano conceitual, é sabido que o cálculo do benefício previdenciário é feito a partir de algumas variáveis, a saber: *(i)* o tempo de contribuição; *(ii)* a média aritmética do valor das contribuições; *(iii)* a idade do segurado; e *(iv)* a expectativa de sobrevida. Esses elementos são inseridos em uma equação atuarial, cujo resultado dimensiona o montante das prestações devidas pelo Poder Público. Colocando a questão nesses termos, parece evidente que, no caso da pretensão dos postulantes a um novo vínculo, não se pode desprezar os valores que eles já tenham recebido do sistema previdenciário. Essa é uma quinta variável

mais vantajoso, o período contributivo deste último (em parte anterior e em parte posterior à aposentadoria renunciada) serve para custear o valor maior a partir da nova data de concessão. Pois bem, se na mesma situação acima o segurado for desobrigado de devolver os valores recebidos do benefício renunciado, ocorrerá nítido desequilíbrio atuarial, pois o seu ‘fundo de contribuições’ acaba sendo usado para custear duas aposentadorias distintas. Essa construção baseada no equilíbrio atuarial decorre de interpretação sistemática do regime previdenciário, notadamente quando é disciplinada a utilização de tempo de contribuição entre regimes distintos”.

RE 661256 / SC

central, presente apenas nesses casos, e que precisa ser considerada para que todos os segurados recebam tratamento semelhante. Ainda mais quando se tem em conta que o administrado não pretende o reconhecimento de um novo vínculo em paralelo com o primeiro, apenas com base em suas novas contribuições, e sim de um vínculo substitutivo, calculado também com base nas contribuições passadas. É necessário computar, portanto, o proveito econômico que elas já haviam gerado para o particular.

36. Para confirmar o acerto da lógica empregada e facilitar a compreensão por parte dos destinatários da decisão, é possível aplicar esse raciocínio em um comparativo hipotético simples. Imagine-se um segurado que se aposenta por tempo de contribuição aos 50 anos e, com base nisso, faz jus a proventos mensais no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais). Esse indivíduo permanece no mercado de trabalho e, admitindo-se a desaposentação, obtém uma nova aposentadoria aos 65 anos, agora no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais). Como é natural, o cálculo desse segundo valor é resultante das variáveis gerais acima indicadas, aplicáveis a todas as pessoas. Por isso mesmo, o valor dos proventos seria idêntico para uma segunda pessoa que haja se aposentado originalmente no mesmo momento e com os mesmos indicadores (idade, tempo total de contribuição, valor das contribuições, etc.) – com a diferença de que esta última não terá recebido quaisquer proventos nos quinze anos anteriores.

37. Essa é uma diferença de tratamento quantificável, que se soma a uma outra, imaterial: o trabalhador que recebia uma aposentadoria proporcional durante todo esse período – e a ela somava a remuneração percebida pela volta à atividade – tinha uma situação financeira mais favorável do que aquele outro que somou todo o tempo de contribuição antes de requerer um vínculo definitivo. De certa forma, o primeiro terá utilizado a previdência como uma fonte de renda complementar, lançando-se às incertezas do mercado de trabalho com uma vantagem inexistente para os demais. E aqui não se trata de

RE 661256 / SC

condenar essa postura ou supor que ela deva ser *sancionada* com a obrigação de restituir valores. Cuida-se apenas de não criar uma equação atuarial favorecida para alguns em detrimento de outros, seja em um sentido ou no outro.

38. Antes de avançar, cabe fazer uma observação relevante quanto aos limites do que se pode decidir em sede jurisdicional. Ao ser chamado a avaliar a constitucionalidade da desaposentação, entendo que o STF não pode deixar de reconhecer a invalidade da interpretação radical pretendida pelo INSS, que aplica a Constituição para justificar a tributação dos aposentados que voltam a trabalhar, mas invoca uma lei ordinária e uma noção vaga de solidariedade para sustentar que ficariam paralisadas as consequências constitucionais daquela espécie de tributação. Isso é tão arbitrário quanto imaginar que o legislador infraconstitucional possa utilizar um critério censitário para excluir determinados contribuintes da perspectiva de receber proventos, criando uma seletividade não contemplada pela Constituição.

39. Por outro lado, o Tribunal não pode caminhar para o outro extremo, afirmando que a falta de uma disciplina legislativa específica e adequada para a desaposentação deve resultar em tratamento privilegiado para as pessoas que, por circunstâncias variadas, chegaram à condição de potenciais postulantes a essa medida atípica. Inclusive pela consideração de que interpretar o sistema dessa forma seria uma deturpação da lógica ordinária da previdência, criando-se um estímulo a que os trabalhadores ativos requeiram suas aposentadorias na primeira chance possível e façam trocas posteriores, convertendo o que deveria ser uma rede de segurança em mecanismo de complementação da renda individual, subsidiado pela coletividade.

40. O que se impõe, portanto, é que haja alguma forma de computar os valores já recebidos do sistema. O próximo tópico destina-se a analisar os mecanismos já suscitados e uma fórmula alternativa que se

RE 661256 / SC

entende mais compatível com a Constituição.

IV.4. Mecanismos para a consideração dos proventos recebidos com base na primeira aposentadoria

41. Entre os dois extremos de negar a desaposentação ou permitir que seja feita de forma ilimitada, a solução de que se tem cogitado é condicionar o reconhecimento do novo vínculo previdenciário à restituição dos valores já recebidos, devidamente atualizados. Essa é uma forma objetiva de restabelecer o *status quo ante*, evitando enriquecimento indevido para ambas as partes. É preciso reconhecer, contudo, que essa é uma providência de difícil realização prática para a maioria dos contribuintes, sobretudo para os tenham permanecido por um período adicional mais longo no mercado de trabalho – ou seja, justamente aqueles que seriam mais prejudicados pela impossibilidade de computar as contribuições posteriores.

42. Talvez se pudesse atenuar essa barreira com a possibilidade de restituição parcelada, *e.g.* pelo número de meses correspondentes à expectativa de vida do segurado, aferida segundo a tabela oficial utilizada para o cálculo do benefício. Mesmo com esse temperamento, cálculos simples apontam que a fórmula seria inviável para a imensa maioria dos potenciais afetados²³. Essa não é, portanto, uma solução afinada com a Constituição: em alguns casos, reconhecer um direito *ainda inviável* – porque dependente de atuação do legislador – até

23 A título de exemplo, um segurado que haja recebido benefício de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), por um período de cinco anos, teria a devolver o valor histórico de R\$ 97.500,00 (noventa e sete mil e quinhentos reais). Assumindo que se projete a devolução em vinte anos, e novamente sem computar os acréscimos de atualização, o desconto mensal teria de ser efetuado no valor de R\$ 406,00 (quatrocentos e seis reais), equivalente a mais de 25% do benefício original. Em valores atualizados e em cenários menos favoráveis ao segurado, o encargo seria ainda maior. Na prática, a imensa maioria dos segurados teria de efetuar descontos superiores ou muito próximos ao potencial proveito decorrente da desaposentação, por toda ou quase toda a vida.

RE 661256 / SC

pode se justificar como uma afirmação de princípio. Isso é muito pouco, contudo, quando o direito em questão consista na contrapartida de uma tributação vinculada, imposta em correlação direta com o acesso a determinadas prestações individuais.

43. Tais dificuldades não devem ter o efeito lúgubre de fazer com que a declaração de invalidade da prática atual seja inócua. Constatada a inconstitucionalidade de o Estado continuar a exigir as contribuições vinculadas com exclusão das contrapartidas associadas, é necessário buscar uma solução que permita o retorno à normalidade constitucional. Caso não houvesse nenhuma alternativa extraível do sistema normativo vigente, seria o caso de exortar o legislador a conceber uma equação atuarial específica para essas situações, de modo a que tanto os proventos já recebidos quanto as contribuições posteriores pudessem ser computadas.

44. Sem prejuízo de que o Congresso Nacional possa efetivamente introduzir uma inovação normativa nessa linha, ponderando razoavelmente os diferentes interesses em jogo, é perfeitamente possível identificar uma solução satisfatória a partir da interpretação dos dispositivos constitucionais e legais já vigentes. A despeito da complexidade de toda a matéria de fundo, o ponto é relativamente simples.

45. Como visto, o que se convencionou chamar de desaposentação consiste na renúncia a uma aposentadoria em vigor para o fim de se obter uma nova, calculada a partir dos elementos verificados no momento presente. Nos termos do art. 29, I, da Lei nº 8.213/1991, o cálculo do novo benefício será feito a partir da multiplicação da média aritmética de contribuições elegíveis pelo fator previdenciário aplicável ao requerente²⁴. Na linha dos argumentos desenvolvidos no voto, é

24 Lei nº 8.213/1991, art. 29: “O salário-de-benefício consiste: I - para os benefícios de que tratam as alíneas b e c do inciso I do art. 18, na média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo,

RE 661256 / SC

legítimo e necessário que as novas contribuições, somadas às anteriores, sejam efetivamente levadas em conta, aplicando-se ao postulante a regra atuarial válida para todos os segurados. Vale dizer: assim como todos os demais aposentados, o indivíduo em questão terá o seu benefício calculado a partir de todo o seu histórico contributivo.

46. Resta analisar, portanto, a forma de incidência do fator previdenciário à hipótese, cuja fórmula inclui as seguintes variáveis adicionais: *(i)* tempo de contribuição; *(ii)* alíquota de contribuição; *(iii)* idade; e *(iv)* expectativa de vida²⁵. Dentre esses fatores, é igualmente legítimo e necessário que o tempo de contribuição corresponda ao período total, ou seja: a fase anterior ao primeiro vínculo e a fase posterior, que se pretende crescer. A lógica aqui, uma vez mais, é assegurar a essas pessoas a mesma equação atuarial de todos os demais segurados, cujos proventos são calculados com base na integralidade do tempo em que contribuíram para o sistema.

47. É certo que o cômputo de novas contribuições e do tempo adicional tendem a produzir um aumento no valor da aposentadoria devida ao segurado, mas apenas na exata medida em que ele efetivamente contribuiu. Essa é a regra geral do sistema, sendo ilegítimo que o INSS pretenda se eximir de atribuir efeito a esses dados da realidade. A partir daqui, porém, é indispensável que a determinação do fator previdenciário aplicável leve em conta a situação atípica dos candidatos à desaposentação.

48. De forma específica, é necessário identificar, à luz do

multiplicada pelo fator previdenciário"; (Incluído pela Lei nº 9.876, de 26.11.1999). As alíneas *b* e *c*, referidas no dispositivo, referem-se precisamente às hipóteses de aposentadoria por idade e por tempo de contribuição, relevantes para fins de desaposentação.

25 Com efeito, o fator previdenciário foi introduzido pela Lei nº 9.876/1999, sendo calculado com base nas seguintes variáveis: *(i)* expectativa de sobrevida no momento da aposentadoria; *(ii)* tempo de contribuição até o momento da aposentadoria; *(iii)* idade no momento da aposentadoria; e *(iv)* alíquota de contribuição.

RE 661256 / SC

sistema constitucional da previdência, qual o papel desempenhado pelos fatores *idade* e *expectativa de vida*, intimamente relacionados entre si. A resposta é intuitiva: tais elementos destinam-se a graduar o valor dos benefícios em função do tempo estimado de fruição por parte dos destinatários. Na comparação entre segurados equiparados no tempo e no valor médio das contribuições, a idade inferior de um deles – do que decorre sua maior expectativa de vida – fará com que os proventos resultantes sejam menores. Em outras palavras, o que esses dois indicadores pretendem captar é o *tempo em que o segurado figurará como beneficiário do RGPS*, onerando o fundo de recursos disponíveis para o pagamentos das prestações suportadas pelo sistema.

49. Pois bem. Nos casos ordinários, em que o segurado requer a concessão da primeira e única aposentadoria, a idade e a expectativa de vida a serem consideradas são, por razões óbvias, as do momento do pedido. O cálculo que se faz é inteiramente linear: assumindo que aquela pessoa passará, naquele momento, a figurar como recebedora das prestações estatais, o valor devido será influenciado pelo tempo provável de permanência no sistema a partir dali. A situação é diversa, porém, no caso dos requerentes de uma segunda aposentadoria. A menos que essas pessoas estejam dispostas a devolver o que já receberam e restabelecer o *status quo ante*, seria ilegítimo ignorar a verdadeira data em que elas se tornaram beneficiárias do sistema. Foi a partir desse marco que elas passaram a produzir um custo para o sistema. Essa é, portanto, a grandeza que o RGPS precisa medir para a definição do benefício devido.

50. À luz dessas considerações, a conclusão objetiva é a seguinte: no cálculo da nova aposentadoria, a idade e a expectativa de vida a serem consideradas são aquelas referentes ao momento em que o primeiro vínculo foi estabelecido. Foi a partir dali, afinal, que o sistema contributivo-solidário passou a custear prestações para o indivíduo. Desconsiderar esse fato – permitindo a desaposentação incondicionada – seria injusto para com os aposentados que não se enquadram nessa

RE 661256 / SC

situação peculiar. Na prática, pessoas com o mesmo tempo de contribuição, em valores também iguais, receberiam prestações acumuladas substancialmente desiguais, instituindo um privilégio atuarial injustificável.

51. A aplicação da fórmula ora descrita, ao revés, faz com que o segundo benefício, resultante da desaposentação, seja intermediário em relação às duas situações extremas. Tal conclusão decorre da aplicação matemática da solução proposta, tendo em vista a fórmula do fator previdenciário. Como é natural, o resultado em cada situação dependerá das variáveis de cada caso concreto (idade na primeira aposentadoria, tempo de contribuição, valor médio dos salários de contribuição). Ainda assim, assumindo que a média dos salários de contribuição tenha se mantido constante, é possível estabelecer um termo de comparação nítido entre a desaposentação sem condicionantes e o modelo aqui cogitado:

Variável	Aposentadoria original em 2006	Desaposentação em 2014, incondicionada	Desaposentação em 2014, no modelo proposto
Idade	53	61	53
Tempo de contribuição	35	43	43
Expectativa de sobrevida	26	20,9	26
Fator previdenciário	0,684	1,112	0,853
Variação no valor do benefício		+ 62,57	+ 24,7

52. Ou seja, assumindo que o valor das contribuições tenha permanecido pelo menos similar, o aumento no tempo de contribuição fará com que a segunda aposentadoria seja mais elevada do que a primeira auferida pelo mesmo segurado. Será inferior, contudo, àquela

RE 661256 / SC

que seria percebida por outro indivíduo que, com a mesma base contributiva, obtenha um primeiro e definitivo vínculo. A razão da diferença é objetiva: um deles vem recebendo valores há determinado número de anos, ao passo que o outro passará agora à condição de beneficiário. Não há razão constitucionalmente válida para equiparar essas duas situações, o que seria tão anti-isonômico quanto admitir que a cobrança das novas contribuições possa se dar sem qualquer contrapartida efetiva.

53. Veja-se que não há, aqui, nenhuma dose de inovação normativa, mas tão somente a interpretação do regime vigente à luz dos seus fundamentos constitucionais. O que se fez foi isolar o sentido dos fatores *idade* e *expectativa de vida*, tal como já constam da legislação, tendo em vista a função que desempenham na graduação dos benefícios sob a lógica de um sistema contributivo-solidário. Esse é um componente absolutamente básico em qualquer sistema previdenciário.

54. Nos regimes baseados na mera capitalização dos recolhimentos individuais, o que se tem é uma conta atuarial estrita: o segurado recebe o produto do valor aportado. No sistema público brasileiro, a questão torna-se ainda mais premente em razão do forte componente de solidariedade a ele inerente. Nesse cenário, garantir a uniformidade da fórmula atuarial deixa de ser apenas uma consideração pragmática e passa a ser, também, uma questão de isonomia e justiça distributiva – entre os atuais cidadãos e, de forma mais abrangente, entre a geração presente e as futuras.

55. Com efeito, os aportes individuais respondem, na maioria dos casos, apenas por uma fração do valor acumulado dos benefícios projetados no tempo. O restante é custeado por outras fontes, com destaque, na quadra atual, para as contribuições cobradas dos empregadores com base na solidariedade. Caso essas fontes diretas de financiamento tornem-se insuficientes, o desequilíbrio do sistema teria de

RE 661256 / SC

ser compensado por recursos dos orçamentos públicos, estendendo e agravando o impacto financeiro suportado por toda a sociedade. Longe de constituir especulação *ad terrorem*, a situação dos países mais desenvolvidos revela um quadro grave de deterioração da base de custeio da previdência social, o que tem exigido medidas severas de realinhamento dos respectivos sistemas.

56. Na Alemanha, a título de exemplo, o Tribunal Constitucional acaba de confirmar a validade de mudanças legislativas que tiveram, na prática, o efeito de condicionar o reajuste dos benefícios à evolução da pirâmide etária e à conjuntura econômica. A partir de projeções atuariais até o ano de 2030, o legislador entendeu necessário intervir no presente a fim de evitar que as próximas gerações recebessem um sistema inviável ou excessivamente gravoso. Ao referendar essa avaliação legislativa, a Corte destacou que a lógica do regime, tal como acontece no Brasil, é simultaneamente contributiva e solidária. Disso decorre a exigência de que os ônus e bônus da tributação vinculada sejam repartidos de forma equânime entre o conjunto de beneficiários, atuais e futuros²⁶.

26 BVerfG, 1 BvR 79/09, decisão de 03.06.2014. Vejam-se os seguintes trechos da decisão, em tradução livre, feita pelo assessor Eduardo Mendonça: “No teste de violação ao direito de propriedade por parte de regulações legislativas relacionadas ao valor das prestações previdenciárias, o Tribunal Constitucional reconheceu que o legislador deve conservar flexibilidade suficiente para assegurar o sistema previdenciário e, sobretudo, o seu financiamento. Assim, a garantia da propriedade não enrijece o sistema a ponto de torná-lo imutável e incapaz de se adaptar a circunstâncias alteradas. Sem prejuízo disso, medidas legislativas destinadas a preservar a funcionalidade e a performance da previdência devem ser proporcionais e justificadas por um interesse público relevante. (...) Em particular, a introdução de uma contribuição para as aposentadorias e do *fator de sustentabilidade* na fórmula de atualização do valor atual dos benefícios pode ser incluídas nas medidas pelas quais o legislador, com observância do princípio da justiça intergeracional, buscou assegurar a estabilização de longo prazo das finanças do sistema previdenciário. Ao fazer isso, ele considerou a proteção da justiça intergeracional como uma questão existencial para a previdência legal, uma vez que, em razão do sistema de financiamento contínuo, jovens e velhos, contribuintes e beneficiários estão ligados por um contrato entre gerações”.

RE 661256 / SC

57. Assim, preservar a probidade atuarial da previdência não tem nada a ver com o antigo e superado discurso das *razões de Estado*. O equilíbrio da fórmula atuarial é pressuposto para que o conjunto de segurados sejam contemplados com a mesma resposta estatal básica. Dentro desse marco principiológico, o legislador dispõe de considerável margem decisória para equilibrar contributividade e solidariedade. Nessa linha, a lei pode, *e.g.*, elevar ou reduzir a alíquota das contribuições impostas a empregados e empregadores. Esticando um pouco mais a corda, seria possível cogitar da instituição de alíquotas progressivas para ambos os conjuntos de destinatários, estratificando faixas de riqueza. Ainda no campo da discricionariedade política, o legislador pode destinar à Previdência uma maior ou menor quantidade de recursos obtidos pela tributação em geral – idealmente captados, de toda a sociedade, com observância das exigências de justiça fiscal.

58. O que o legislador não pode fazer – porque não é compatível com a Constituição – é agravar a tributação vinculada sobre um conjunto heterogêneo de pessoas, sem quaisquer contraprestações efetivas. Afinal, o universo de candidatos à desaposentação cobre uma ampla gama de situações – desde o trabalhador rural que se aposentou cedo porque começou a trabalhar na infância até o empregado urbano de maior especialização e rendimentos mais elevados, passando por incontáveis matizes intermediários. O princípio da solidariedade não é uma mera expressão retórica, apta a autorizar que todo esse contingente de pessoas seja obrigado a contribuir, em paridade de condições com os empregados ativos, sem as contrapartidas associadas a essa tributação específica.

59. Antes de concluir esse tópico, é preciso deixar consignado que não se está afirmando a impossibilidade de que o legislador conceba uma fórmula alternativa para o cômputo dos proventos já recebidos, pela qual as dimensões contributiva e solidária sejam equacionadas de outra

RE 661256 / SC

forma igualmente razoável. Tampouco se supõe que a interpretação ora proposta seja capaz de resolver os graves problemas – presentes e em estado latente – do Regime Geral de Previdência Social no Brasil. O que se está fazendo é interpretar o sistema atual da melhor forma possível à luz da Constituição. Mudanças mais abrangentes somente podem ser introduzidas pelo legislador, a começar por um debate sincero e republicano acerca da necessidade da instituição de uma idade mínima para a concessão de aposentadorias pelo RGPS, na linha do que se verifica na quase generalidade dos países²⁷. É a falta dessa previsão de idade mínima que gera distorções graves e cria a necessidade de figuras anômalas como a desaposentação.

60. Por isso mesmo, é adequado que a solução ora apresentada comece a produzir efeitos somente a partir de 180 (cento e oitenta) dias após a sua publicação. O diferimento dos efeitos da interpretação aqui adotada justifica-se por duplo fundamento. O *primeiro* é o de permitir que o INSS e a própria União se organizem para atender a demanda dos potenciais beneficiários, tanto sob o ponto de vista operacional quanto de custeio. O *segundo*, e mais relevante, é o de prestigiar – na maior medida legítima – a liberdade de conformação do legislador, que poderá instituir regime alternativo que atenda às diretrizes constitucionais aqui delineadas. Na falta de ação legislativa ou até que ela sobrevenha, a decisão a ser tomada pelo STF deve garantir que o direito dos segurados seja observado. Evita-se, assim, que a falta de decisão política ou de consenso quanto a modelos alternativos resulte na perpetuação de uma situação injusta e incompatível com a Constituição.

61. Assim, proponho que todos os pedidos de desaposentação não definitivamente decididos até a presente data somente produzam efeitos financeiros, de acordo com as diretrizes acima, a partir do decurso

27 O debate atual em boa parte dos países europeus gira em torno de propostas de elevação da idade mínima já fixada. Na Alemanha, *e.g.*, a idade mínima é de 63 anos para os trabalhadores que hajam completado o tempo exigido de contribuição. Caso não o tenham feito, a exigência passa a ser de 67 anos.

RE 661256 / SC

de 180 (cento e oitenta) dias da publicação do presente acórdão, caso o legislador não institua regime alternativo no referido prazo.

V. EXAME ESPECÍFICO DOS FUNDAMENTOS DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

62. Embora os itens anteriores já tenham desenvolvido o que considero ser a solução constitucionalmente adequada para a questão jurídica a que se reconheceu repercussão geral, é importante analisar os fundamentos específicos do recurso extraordinário, com os quais o INSS pretende demonstrar a invalidade da desaposentação. São eles: *(i)* violação ao ato jurídico perfeito (CF/1988, art. 5º, XXXVI); *(ii)* violação ao princípio da solidariedade, que seria o suporte da alegada vedação legal extraída do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/1991; e *(iii)* violação ao princípio da isonomia, com tratamento injustificadamente favorável ao recorrente e aos segurados em situação similar. Passa-se ao exame objetivo de cada uma dessas alegações.

V.1. Violação ao ato jurídico perfeito

63. O primeiro argumento desenvolvido pelo INSS é o de que a possibilidade de desaposentação produziria ofensa à garantia constitucional do ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI). O recorrente parte da premissa de que o requerimento e a concessão da primeira aposentadoria teriam aperfeiçoado uma relação jurídica, de modo que os sujeitos envolvidos não poderiam *“simplesmente exigir a sua alteração, principalmente quando a opção feita for onerosa para uma das partes (no caso, para o INSS)”* (fls. 162). O parecer do Ministério Público Federal afasta a alegação por considerar que os direitos fundamentais não protegem o Poder Público, e sim os particulares contra investidas estatais ilegítimas.

64. Em linha de princípio, estou de acordo com a tese de que o Poder Público não pode invocar direitos fundamentais para se eximir de

RE 661256 / SC

cumprir as determinações por ele mesmo instituídas ou de reconhecer as consequências jurídicas indissociáveis de seus próprios atos, inclusive por conta da vedação do *venire contra factum proprium*. No entanto, ainda que seja impróprio estender automaticamente todos os direitos fundamentais ao Estado, seria excessivo afirmar que a Administração estaria, *e.g.*, impedida de argumentar com a lógica de preservação da segurança jurídica ou de postular a observância do devido processo legal em demandas judiciais de que seja parte. No caso da garantia do ato jurídico perfeito, é perfeitamente legítimo que a Administração utilize o conceito para exigir, *e.g.*, que um concessionário de serviço público cumpra os deveres constantes do contrato, bem como para justificar a eventual imposição de sanções pelo descumprimento.

65. No caso de que se trata, não é necessário aprofundar a instigante discussão sobre os limites e condições para a invocação de direitos fundamentais por parte do Poder Público – como direitos subjetivos ou ainda como materialização objetiva dos valores mais importantes da ordem jurídica. Basta constatar a impropriedade técnica de se cogitar da incidência, à hipótese, da garantia constitucional do ato jurídico perfeito. E isso por pelo menos dois fundamentos.

66. Em primeiro lugar, a relação previdenciária é de natureza estatutária, de modo que seria necessário relativizar a própria ideia de que eventuais mudanças seriam vedadas *a priori*. É certo que o aperfeiçoamento das condições previstas em lei pode dar origem a direitos adquiridos, mas isso não se confunde com a suposta imutabilidade do regime jurídico aplicável. Não fosse assim, aliás, teria sido impossível instituir a cobrança de contribuição previdenciária sobre os proventos recebidos pelos servidores inativos. De toda forma, ainda que a aposentadoria possa ser conceituada como ato jurídico perfeito, disso não se extrai automaticamente a impossibilidade de extinção de um primeiro vínculo e posterior criação de um segundo.

RE 661256 / SC

67. Em segundo lugar, tratando especificamente da situação em exame, o conteúdo que se pretenda atribuir ao ato de aposentadoria não pode ser incompatível com as exigências constitucionais. Como demonstrado, a legislação busca fundamento no art. 195, II, da Constituição, para instituir a cobrança de contribuições sociais sobre os aposentados que retornam ou permanecem no mercado de trabalho. No entanto, inexistente dispositivo constitucional que autorize o esvaziamento das consequências jurídicas favoráveis decorrentes dessa cobrança. Essa opção legislativa – assumindo-se que tenha sido efetivamente realizada – seria inconstitucional e, portanto, insuscetível de gerar atos juridicamente perfeitos.

68. De certa forma, a linha argumentativa do recorrente acaba por revelar o vício material da tese por ele sustentada. No fundo, o que se pede é que os rendimentos do trabalho possam ser tributados com base na Constituição, ao mesmo tempo em que os deveres estatais constitucionalmente atrelados a essa cobrança seriam paralisados por lei ordinária. Seria esse o peculiar *ato jurídico perfeito* a ser protegido por este Supremo Tribunal Federal.

V.2. Violação ao princípio da solidariedade

69. O recorrente sustenta que a assimetria entre os deveres e benefícios dos segurados, verificada na hipótese, seria uma opção legislativa legítima, justificada pelo princípio da solidariedade. Em suporte a essa tese, invoca o precedente firmado na ADI 3.105, na qual o STF assentou a validade da cobrança de contribuição previdenciária sobre os proventos dos servidores públicos inativos. Menciona, ainda, que este Tribunal já reconheceu a validade da cobrança de novas contribuições sobre os aposentados do RGPS que retornam à atividade produtiva, o que seria uma espécie de chancela à sistemática atual. Com a devida vênia, entendo que os argumentos não procedem.

RE 661256 / SC

70. Na linha do que já se demonstrou, a Constituição serve de fundamento específico tanto para a incidência da contribuição social referente ao RGPS (art. 195, II), quanto para os benefícios previdenciários devidos aos segurados, incluindo a contagem do tempo de contribuição para fins de concessão de aposentadoria e cálculo dos respectivos proventos (art. 201). Há, portanto, uma dimensão comutativa de base constitucional, ainda que mitigada ou mitigável por fatores diversos, incluindo o princípio da solidariedade. Isso não significa, naturalmente, que o legislador disponha de liberdade absoluta para distribuir encargos e vantagens.

71. No que toca especificamente ao tema em exame, a Constituição não fornece qualquer fundamento normativo que confira respaldo à pretensão de fazer incidir a tributação específica sem que se reconheça o direito às prestações substanciais correspondentes. A invocação genérica do princípio da solidariedade não é suficiente para justificar esse *recorte* legislativo no sistema constitucional que trata da matéria. Por isso mesmo, os precedentes citados pelo recorrente não têm o alcance por ele pretendido.

72. *Em primeiro lugar*, não há qualquer controvérsia quanto ao fato de o STF haver reconhecido a validade da cobrança das contribuições sobre os aposentados que retornam à atividade laboral, na linha do que determina o art. 195, II, da Constituição. Em rigor, se a Constituição determinou que os rendimentos do trabalho devem ser tributados por essa via, essa incidência é apenas natural. Daí não se pode extrair qualquer conclusão acerca da possibilidade ou não de renúncia à aposentadoria anterior para constituição de uma nova, matéria que não foi objeto de exame nos julgados mencionados.

73. *Em segundo lugar*, com maior pertinência para a questão em estudo, tampouco é possível equiparar a presente situação ao reconhecimento da validade da cobrança de contribuições sobre os

RE 661256 / SC

proventos dos inativos. De forma reveladora, aliás, essa possibilidade foi introduzida por emenda constitucional, após este Supremo Tribunal Federal haver rechaçado inovação semelhante instituída por lei ordinária. Essa orientação da Corte já seria um forte indício de que a legislação infraconstitucional encontra limites na sua pretensão de temperar a dimensão contributiva da relação previdenciária a partir de considerações fundadas na ideia de solidariedade. Há mais, porém.

74. Para além dessa questão formal de hierarquia das espécies normativas, há diferenças materiais relevantes entre as duas situações. O fundamento central para se declarar a validade da EC nº 41/2003 foi a constatação de que os servidores inativos, assim como as pessoas em geral, não tinham direito adquirido a não sofrerem a incidência de uma nova forma de tributação. O princípio da solidariedade, nesse contexto, constituiu um relevante argumento de reforço para se entender pela validade da imposição desse ônus aos aposentados pelos regimes próprios mantidos pelos entes federativos²⁸. Como se sabe, a medida

28 STF, ADI 3.105, DJ 18.02.2005, Rel. orig. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ o acórdão Min. Cezar Peluso: "(...) No ordenamento jurídico vigente, não há norma, expressa nem sistemática, que atribua à condição jurídico-subjetiva da aposentadoria de servidor público o efeito de lhe gerar direito subjetivo como poder de subtrair *ad aeternum* a percepção dos respectivos proventos e pensões à incidência de lei tributária que, anterior ou ulterior, os submeta à incidência de contribuição previdencial. Noutras palavras, não há, em nosso ordenamento, nenhuma norma jurídica válida que, como efeito específico do fato jurídico da aposentadoria, lhe imunize os proventos e as pensões, de modo absoluto, à tributação de ordem constitucional, qualquer que seja a modalidade do tributo eleito, donde não haver, a respeito, direito adquirido com o aposentamento. 2. Inconstitucionalidade. Ação direta. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária, por força de Emenda Constitucional. Ofensa a outros direitos e garantias individuais. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Regra não retroativa. Instrumento de atuação do Estado na área da previdência social. Obediência aos princípios da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial, bem como aos objetivos constitucionais de universalidade, equidade na forma de participação no custeio e diversidade da base de financiamento. Ação julgada improcedente em relação ao

RE 661256 / SC

guardava relação com o déficit vivenciado por esses sistemas, agravado pelas suas peculiaridades e pelos períodos em que o caráter contributivo inexistiu ou operou de forma atenuada.

75. As circunstâncias do Regime Geral de Previdência Social são outras, inclusive pelo fato de sempre haver se pautado pela lógica contributiva e, por conseguinte, sempre haver ostentado um aspecto parcialmente comutativo. Em relação a esse regime, a Constituição continua a manter a separação rígida entre a fase de recolhimento das contribuições – que se dá durante o trabalho ativo – e a fase de gozo dos benefícios, que são imunizados quanto à cobrança de novas contribuições. A eventual modificação desse quadro, com a extensão do dever de contribuir aos inativos, dependeria, inequivocamente, de emenda constitucional.

76. O que está em discussão nos presentes recursos é uma questão diversa, referente à validade de fazer incidir a contribuição já prevista no art. 195, II – incidente não sobre proventos, mas sobre os rendimentos do trabalho – sem que se atribua ao trabalhador o conjunto de vantagens tipicamente associados a essa forma de tributação vinculada. Em última análise, portanto, o que se pretende é instituir uma desequiparação seletiva entre o trabalho realizado antes e depois da aposentadoria. A referência ao princípio da solidariedade é muito vaga para justificar a imposição de tal ônus adicional a essas pessoas apenas pelo fato de terem retornado ou permanecido em atividade laboral. Com base no referido princípio, a Constituição admite a criação de fontes adicionais para o custeio da previdência, que podem recair sobre a sociedade em geral – incluindo, portanto, os segurados do RGPS. Coisa diversa é exigir a contribuição específica sem as contrapartidas

art. 4º, *caput*, da EC nº 41/2003. Votos vencidos. Aplicação dos arts. 149, *caput*, 150, I e III, 194, 195, *caput*, II e § 6º, e 201, *caput*, da CF. Não é inconstitucional o art. 4º, *caput*, da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, que instituiu contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadoria e as pensões dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações. (...)”.

RE 661256 / SC

pertinentes.

V.3. Violação ao princípio da isonomia

77. Por fim, o recorrente alega que a figura da desaposentação produziria ofensa à isonomia entre os segurados, em violação ao art. 5º, *caput*, e ao art. 201, § 1º, que veda especificamente a adoção de critérios diferenciados para a concessão de aposentadorias no RGPS, ressalvados os casos de trabalho desenvolvido em condições especiais. Sem surpresa, o INSS concentra seus argumentos na disparidade que seria gerada pela desaposentação desacompanhada do dever de restituir os proventos já recebidos, o que colocaria esses segurados em posição privilegiada em relação aos demais. Essa linha argumentativa vai ao encontro do raciocínio desenvolvido na parte inicial do voto, no sentido de não ser possível conceder um novo benefício previdenciário sem levar em consideração as prestações estatais já efetuadas em favor dos beneficiários.

78. Assim, de forma indireta, a argumentação do recorrente parece confirmar o entendimento, adotado no presente voto, de que a desaposentação deve ser possível desde que tal variável seja devidamente sopesada. Com efeito, vedar taxativamente a criação do novo vínculo equivale a cancelar a quebra da isonomia exigida pelo art. 201, § 1º. Ao fim e ao cabo, o que se teria são segurados que trabalharam pelo mesmo número de anos e contribuíram de forma semelhante para o financiamento do sistema de interesse comum a toda a sociedade, mas que ainda assim fariam jus a benefícios substancialmente mais reduzidos.

79. É certo que essas pessoas fizeram a opção de firmar um primeiro vínculo previdenciário e, dessa forma, começaram a receber proventos mais cedo, em valor reduzido e por um período de tempo provavelmente mais longo. Nada impede que optem por permanecer nessa situação, mantendo o benefício de aposentadoria no patamar

RE 661256 / SC

original e conservando os valores que já receberam. No entanto, uma vez que a legislação impõe a cobrança de novas contribuições obrigatórias – tendo por base de cálculo os novos rendimentos do segurado –, seria ilegítimo que o Poder Público se oponha de forma absoluta à obtenção de um novo vínculo mais vantajoso, apto a refletir a eventual evolução financeira obtida pelo segurado ao longo da vida, considerada para o cálculo da tributação vinculada.

80. Inexistem elementos constitucionais que confirmam suporte a esse tipo de postura do Poder Público, que não deve ser autorizado a, de forma consciente e deliberada, oferecer uma equação atuarial menos vantajosa a determinados segurados. O que se extrai do mandamento da solidariedade é o dever de distribuir os ônus do sistema de forma equitativa entre os segurados, com a ajuda da sociedade em geral – e não uma autorização genérica para que o Estado faça uma alocação seletiva de encargos mais pesados sobre determinado grupo de beneficiários. Solidariedade não é oportunismo e, muito menos, uma carta branca para qualquer medida que o legislador introduza com o objetivo de reduzir o déficit específico da Previdência.

VI. CONCLUSÃO

81. O presente voto, que se fez inevitavelmente longo, procurou lidar com um conjunto de valores e mandamentos constitucionais, bem como com variáveis atuariais, de modo a produzir uma solução de equilíbrio entre os direitos dos segurados e os interesses fiscais legítimos. Foram considerados e sopesados os conceitos de justiça comutativa e justiça distributiva, de equilíbrio financeiro e atuarial, assim como de justiça intergeracional. Quanto a esta última, é bem de ver que cada novo benefício criado hoje será suportado pela próxima geração, que não deve ter o seu futuro e sua seguridade inviabilizados. Por fim, a decisão aqui lançada, sem abdicar do papel próprio dos tribunais, que é a tutela de direitos, fez questão de abrir um diálogo institucional e respeitar

RE 661256 / SC

a separação de Poderes. A solução aqui alvitrada decorre da interpretação sistemática e teleológica da Constituição e da legislação, mas é certamente inovadora, na medida em que supre uma lacuna referente ao tratamento jurídico da desaposentação. Nessa linha, fixou-se um prazo de 180 (cento e oitenta) dias para o início de sua aplicação, facultando-se ao Legislativo e ao Executivo prover acerca da matéria, sanando a lacuna de maneira diversa, se assim entenderem.

82. As premissas extraídas do sistema constitucional e legal, que serviram de fio condutor à conclusão a seguir enunciada objetivamente, foram as seguintes:

a) o Regime Geral da Previdência Social constitui um sistema baseado em duplo fundamento: contributivo e solidário;

b) inexistente comutatividade estrita entre contribuição e benefício, em razão do caráter solidário do sistema. De outra parte, não é legítima a cobrança de contribuição sem oferta de qualquer benefício real, em razão do caráter contributivo do sistema;

c) compromete o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema o incentivo a aposentadorias precoces. Sobretudo, viola o princípio da isonomia que aqueles que tenham passado à inatividade precocemente desfrutem de situação mais favorável do que aqueles que permaneceram mais tempo em atividade, sem se beneficiarem do sistema previdenciário;

d) o art. 18, § 2º da Lei nº 8.213/1991 não contempla a situação de alguém que tenha se aposentado e, havendo voltado à atividade, deseje renunciar à primeira aposentadoria para obter uma nova. Vale dizer: existe uma lacuna na legislação.

e) a lacuna é explicável porque, anteriormente, até o advento da Lei nº 9.032/1995, vigorava um sistema de pecúlio – com a devolução das contribuições efetuadas após a aposentadoria no momento em que o segurado passasse, em

RE 661256 / SC

definitivo, à inatividade. Diante disso, a questão da desaposentação não se colocava.

83. Por todo o exposto, dou provimento parcial aos recursos interpostos para assentar o direito à desaposentação – isto é, à renúncia à aposentadoria anterior e aquisição de uma nova –, observados os critérios aqui estabelecidos. Como consequência, a tese a ser firmada, com os efeitos inerentes ao instituto da repercussão geral, é a seguinte: inexistem fundamentos legais válidos que impeçam a renúncia a uma aposentadoria concedida pelo RGPS para o fim de requerer um novo benefício, mais vantajoso, tendo em conta contribuições obrigatórias efetuadas em razão de atividade laboral realizada após o primeiro vínculo. A fim de preservar a uniformidade atuarial, relacionada à isonomia e à justiça entre gerações, essa possibilidade é condicionada à exigência de que sejam levados em conta os proventos já recebidos por parte do interessado. A despeito da falta de disciplina legal específica sobre o tema, é possível interpretar o sistema constitucional e legal vigente, para assentar a seguinte orientação geral: no cálculo dos novos proventos, os fatores *idade* e *expectativa de vida* devem ser aferidos com referência ao momento de aquisição da primeira aposentadoria. Com isso se impede que tais fatores tenham deturpada a sua finalidade de graduar os benefícios segundo o tempo estimado de sua fruição por parte do segurado.

84. Tal orientação passará a ser aplicada 180 (cento e oitenta) dias após a publicação do presente acórdão, marco que servirá inclusive como termo *a quo* dos efeitos financeiros referentes aos pedidos não definitivamente decididos até a presente data, caso os Poderes Legislativo e Executivo não optem por instituir disciplina diversa, compatível com as premissas da presente decisão, mediante ato normativo primário próprio.

85. **É como voto.**

09/10/2014

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 661.256 SANTA CATARINA

DEBATE

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Presidente, só em abono à tese do Ministro Barroso, o Código de Processo Civil dispõe que há o incidente da declaração de inconstitucionalidade dos tribunais, e, no caso, digamos assim, não teria sido suscitado esse incidente no Superior Tribunal de Justiça.

Mas houve uma alteração do artigo 481, mas uma alteração já antiga, no sentido de que os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao Plenário - que, aí, certamente, Roberto Barroso, o Procurador deve aduzir à reserva de Plenário, não é?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)
- Certo.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Então, os órgãos fracionários não submeterão ao Plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes - que é o caso; quer dizer, o STJ já se pronunciou sobre a matéria através da sua Corte Especial. Então, as Turmas estão liberadas para decidir sobre essa matéria constitucional.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Pois, não, a Corte considera superada essa arguição da PGR, não é?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Presidente, duas observações: comecei a relatar e proferi voto no recurso extraordinário nº 381.367-6, em 16 de setembro de 2010. Houve um pedido de vista o autor desse pedido devolveu o processo em tempo razoável, logo no início de

RE 661256 / SC

2011.

Esse recurso extraordinário estava na pauta de ontem, para julgamento conjunto com o extraordinário relatado pelo ministro Luís Roberto Barroso. Acontece que o autor do pedido de vista está no exterior, representando o Tribunal Superior Eleitoral. Daí haver acontecido a retirada de pauta.

Por que faço referência a esse pronunciamento? Porque, nessa oportunidade, ressaltei que não seria cabível, para chegar-se – como cheguei em meu voto – ao provimento do recurso do aposentado, declarar a inconstitucionalidade de dispositivo. Tem-se, na espécie, a interpretação do próprio sistema, a revelar o regime de previdência geral, de previdência social.

Então, feitas essas observações, subscrevo o veiculado pelo ministro Luís Roberto Barroso: não há necessidade de dizer-se da constitucionalidade ou não da Lei nº 8.213/1991, a versar a contribuição daquele que retorna ao mercado de trabalho para prestar serviço.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 661.256

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO

RECTE.(S) : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL FEDERAL

RECDO.(A/S) : VALDEMAR RONCAGLIO

ADV.(A/S) : ANDRÉ LUIZ PINTO

AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO- IBDP

ADV.(A/S) : GISELE LEMOS KRAVCHYCHYN E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : UNIÃO

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIAO

AM. CURIAE. : CONFEDERAÇÃO BRASILEIRA DE APOSENTADOS E
PENSIONISTAS - COBAP

ADV.(A/S) : GABRIEL DORNELLES MARCOLIN

Decisão: Retirado de pauta em face da aposentadoria do Relator. Presidência do Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 26.11.2012.

Decisão: Após o relatório, o julgamento foi suspenso. Ausentes a Ministra Cármen Lúcia, representando o Tribunal na *Viagem de Estudos sobre Justiça Transicional*, organizada pela Fundação Konrad Adenauer, em Berlim, entre os dias 5 e 9 de outubro de 2014, e na 100ª Sessão Plenária da Comissão Europeia para a Democracia pelo Direito (Comissão de Veneza), em Roma, nos dias 10 e 11 subsequentes, e o Ministro Dias Toffoli que, na qualidade de Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, participa do VII Fórum da Democracia de Bali, na Indonésia, no período de 8 a 13 de outubro de 2014. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 08.10.2014.

Decisão: Após o voto do Ministro Roberto Barroso (Relator), dando parcial provimento ao recurso, o julgamento foi suspenso. Ausentes a Ministra Cármen Lúcia, representando o Tribunal na *Viagem de Estudos sobre Justiça Transicional*, organizada pela Fundação Konrad Adenauer, em Berlim, entre os dias 5 e 9 de outubro de 2014, e na 100ª Sessão Plenária da Comissão Europeia para a Democracia pelo Direito (Comissão de Veneza), em Roma, nos dias 10 e 11 subsequentes; o Ministro Dias Toffoli que, na qualidade de Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, participa do VII Fórum da Democracia de Bali, na Indonésia, no período de 8 a 13 de outubro de 2014, e, justificadamente, o Ministro Teori Zavascki. Falaram, pelo recorrente Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, o Dr. Marcelo de Siqueira Freitas, Procurador-Geral Federal; pelo *amicus curiae* Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário - IBDP, a Dra. Gisele Kravchychyn, e, pelo *amicus*

curiae Confederação Brasileira de Aposentados e Pensionistas - COBAP, o Dr. Gabriel Dornelles Marcolin, OAB/RS 76.643. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 09.10.2014.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Luiz Fux, Rosa Weber e Roberto Barroso.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Fabiane Pereira de Oliveira Duarte
Assessora-Chefe do Plenário

29/10/2014

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 661.256 SANTA CATARINA**VOTO****O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Eminente Presidente, em relação aos recursos extraordinários de relatoria do Min. **Roberto Barroso** (RE nº 661.256 e RE nº 827.833), não são outras as conclusões senão as do voto-vista que acabei de proferir no RE nº 381.367/RS, de relatoria do Min. **Marco Aurélio**. Passo também a complementar o voto com outros fundamentos jurídicos que desenvolverei.

Nosso regime previdenciário possui, já há algum tempo, feição nitidamente solidária e contributiva, não se vislumbrando nenhuma inconstitucionalidade na aludida norma do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91, a qual veda aos aposentados que permaneçam em atividade, ou a essa retornem, o recebimento de qualquer prestação adicional em razão disso, exceto salário-família e reabilitação profissional.

Como salientei em meu voto nos autos do RE nº 381.367/RS, além de não vislumbrar a apontada inconstitucionalidade da norma, tampouco entendo ser o caso de se conferir a ela “interpretação conforme ao texto constitucional em vigor”, pois me parece clara a interpretação que vem dando a União e o INSS no sentido de que esse dispositivo, combinado com o art. 181-B do Decreto nº 3.048/99 - acrescentado pelo Decreto nº 3.265/99 -, impede a desaposentação.

Vide o texto do Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, com o qual se aprovou o Regulamento da Previdência Social e se impediu a renúncia às aposentadorias obtidas, nos seguinte termos:

“Art. 181-B. As aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial concedidas pela previdência social, na forma deste Regulamento, são irreversíveis e irrenunciáveis” (Incluído pelo Decreto nº 3.265, de 1999).

Não há que se olvidar que o art. 96, inciso II, da Lei nº 8.213/91

RE 661256 / SC

proíbe, expressamente, que o tempo de serviço já aproveitado para a concessão da aposentadoria seja novamente computado.

Esta Corte, em momento algum, declarou a inconstitucionalidade desses dispositivos, como se extrai dos seguintes precedentes, nos quais, antes do reconhecimento da repercussão geral dessa matéria, vinha considerando como tese de natureza infraconstitucional e de eventual ofensa reflexa a questão da possibilidade de renúncia da aposentadoria para a obtenção de outros benefícios (RE nº 442.480/RJ, Rel. Min. **Cármem Lúcia**, julgado em 1º/12/08; AI nº 545.274, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJ de 7/5/07; AI nº 220.803, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, DJ de 14/12/05; AI nº 643.455, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, DJ de 18/4/07; RE nº 576.466/RS, Rel. Min. **Cezar Peluso**, julgado em 18/12/09; RE nº 656.268/RJ, Rel. Min. **Cármem Lúcia**, julgado em 25/11/11; RE nº 643.963/RJ, Rel. Min. **Cármem Lúcia**, julgado em 25/11/11 e AI nº 851.605/PR-AgR, Rel. Min. **Cármem Lúcia**, Primeira Turma, julgado em 25/10/11).

Devo concordar com o ilustre Ministro Relator no sentido de que a Constituição Federal não veda expressamente a desaposentação. Entretanto, nossa Carta também não prevê especificamente o direito que se pretende ver reconhecido.

A Constituição Federal dispõe de forma clara e específica que concernem à legislação ordinária as hipóteses em que as contribuições vertidas ao sistema previdenciário repercutem de forma direta na concessão dos benefícios, nos termos dos arts. 194 e 195.

Como se sabe, a desaposentação permitiria que os salários de contribuição posteriores à aposentação fossem incluídos no cálculo de um novo benefício – concedido pelo RGPS ou não –, com o resultado prático de majorar o valor percebido pelo aposentado. Caso o segurado pretenda desaposentar-se no regime geral de previdência social para requerer emissão de certidão de tempo de contribuição e se aposentar perante outro regime previdenciário, o objetivo será o mesmo, qual seja, o de somar aos salários de contribuição anteriores à aposentação os posteriores a essa, ainda que obtidos sob a égide de outro regime. Essas premissas são importantes para as reflexões que farei.

RE 661256 / SC

A desaposentação, volto a insistir, não possui previsão legal. Assim sendo, esse instituto não pode ter natureza jurídica de ato administrativo, mesmo porque a lei não o prevê especificamente. Aliás, como é de todos sabido, a prática de qualquer ato administrativo pressupõe o atendimento ao princípio da legalidade administrativa. Não bastasse isso, se a aposentadoria foi declarada e se fez por meio de ato administrativo lícito, não há que se falar em desconstituição do ato por meio da desaposentação, mesmo porque, se lícita foi a concessão do direito previdenciário, sua retirada do mundo jurídico não poderia ser admitida com efeitos **ex tunc**.

Aliás, aqueles que defendem a desconstituição do direito de receber as parcelas pecuniárias, que é a tese que está sendo consagrada no respeitável voto do Ministro Relator, também concluem pela obrigatoriedade de se buscar a restituição das parcelas já percebidas pelo aposentado, com fundamento na tese da vedação do enriquecimento indevido. Aí me parece haver, com o devido respeito, alguma contradição. Se o aposentado exerceu, legitimamente, seu direito, e se há legalidade nesse suposto direito à desaposentação, não faria sentido obrigar-se o aposentado a efetuar qualquer restituição, pois enriquecimento indevido não houve.

O fator previdenciário instituído pela Lei nº 9.876, de 26 de novembro de 1999 – o qual é calculado considerando-se a idade, a expectativa de sobrevida e o tempo de contribuição do segurado ao se aposentar, estimulando-o a contribuir por mais tempo e a se aposentar mais tarde –, também deve ser levado em consideração. Esse fator, num primeiro momento, pode até ser visto como um ônus para o trabalhador.

Entretanto, conforme vem sendo ressaltado pela doutrina e por entidades especializadas no tema, o fator previdenciário permite que o contribuinte goze do benefício antes da idade mínima, podendo escolher, ainda, uma data para a aposentadoria, em especial, quando entender que dali para a frente não conseguirá manter sua média contributiva (cf. Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Complementar (ABRAPP); Instituto Cultural de Seguridade Social (ICSS);

RE 661256 / SC

Sindicato Nacional das Entidades Fechadas de Previdência Complementar (SINDAPP). A ideia de que o Fator impõe um ônus escorchante é falsa. **Revista Fundos de Pensão**, São Paulo, ano 29, n. 362, p. 57-59, mar. 2010, p. 59).

Não se mostra correto afirmar que a correlação entre as remunerações auferidas durante o período laboral e o benefício concedido implicaria a inserção do regime de capitalização no sistema previdenciário brasileiro. É sabido que alguns defendem essa tese, mas, conforme estudos técnicos já realizados na análise da fórmula do fator previdenciário, conforme descrita na referida Lei nº 9.876/99, esse fator, na forma como foi instituído, representa instrumento típico do sistema de repartição, na medida em que atua na relação contribuintes/aposentados por meio de incentivos explícitos e, considerando a redistribuição de renda, implícitos.

Conforme já salientado em obra específica sobre o tema,

“(...) o fator previdenciário é um incentivo à permanência no mercado de trabalho, um prêmio àquele que contribuiu mais e por mais tempo para o sistema e fruirá dele por um lapso menor, uma homenagem e um estímulo à solidariedade, e até uma certa retribuição por ela. Entretanto, caso se admita a desaposentação, todos os parâmetros da fórmula do fator previdenciário (idade, expectativa de sobrevida e tempo de contribuição ao se aposentar) serão recalculados de acordo com o novo benefício e, dessa maneira, o novo benefício geralmente terá valor maior que o anterior, não somente em razão do acréscimo de contribuição e do transcorrer do tempo, mas também pela incidência de uma fórmula cujo objetivo é, justamente, evitar o pagamento de benefícios precoces. É dizer: admitir a desaposentação implica subverter a lógica do fator previdenciário, pois permite o incremento do benefício daquele se aposentou mais cedo, gerando ônus para o fundo sustentado por todos, e posteriormente foi favorecido pela própria passagem do tempo em que esteve em gozo do benefício” (SILVA, Elisa Maria Corrêa. **Inconstitucionalidade da**

RE 661256 / SC

Desaposentação. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 60. Vai nesse sentido também o entendimento de Rogério Nagamine Costanzi: *Evolução e situação atual das aposentadorias por tempo de contribuição. Informe da Previdência Social*. Brasília, v. 23, nº 9, out.2011).

Ademais, a desaposentação torna por demais imprevisíveis e flexíveis os parâmetros que costumam ser utilizados a título de “expectativa de sobrevida”, mesmo porque passará esse elemento a ser manipulado pelo beneficiário da maneira que mais o beneficie.

O objetivo estabelecido na referida lei de estimular a aposentadoria tardia também acabará por cair por terra, a violar a finalidade das normas, pois a desaposentação vai ampliar o problema das aposentadorias precoces.

Há que se afastar o argumento de que a desaposentação asseguraria ao segurado o exercício do direito à fruição de benefício mais vantajoso. Em verdade, o regime jurídico já assegura, no momento da aposentadoria, que, tendo o segurado adquirido direito a mais de uma prestação, usufrua a mais vantajosa, nos termos dos arts. 564, VI, e 627 da Instrução Normativa INSS/PRES nº 45/2010. Ou seja, se o beneficiário adquire o direito a mais de uma prestação, inacumuláveis, como é o caso do trabalhador que, em tese, tem direito a aposentadoria especial ou por tempo de contribuição, pode ele efetuar a escolha mais vantajosa.

Isso não altera, no entanto, aquilo que já salientei, no sentido de que a lei impede a desaposentação, seja porque não admitida a renúncia à aposentadoria, seja porque a regra específica do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 faz prevalecer o direito adquirido e o ato jurídico perfeito em momento específico da vida do trabalhador.

Nem se diga que se estaria violando o sistema atuarial. Isso porque, ao contrário do que sustentado nos autos, as estimativas de receita devem ser calculadas levando-se em consideração os dados estatísticos e os elementos atuariais, considerando-se a população economicamente ativa como um todo. O equilíbrio exigido pela lei não é entre a contribuição do segurado e o financiamento do benefício a ser por ele percebido.

RE 661256 / SC

O equilíbrio atuarial também nada tem a ver com o **princípio da comutatividade**, que está previsto no § 9º do art. 94 da Lei nº 8.213/91. Esse princípio prevê, tão somente, a possibilidade de contagem recíproca de tempo de contribuição sob a administração pública ou privada. Nesse caso, os dois sistemas devem-se compensar financeiramente.

A Constituição de 1988 desenhou um sistema previdenciário de teor solidário e distributivo. Houve, no entanto, com o advento da Emenda Constitucional nº 20/1998, substancial alteração nesse sistema quando nele se introduziu o feitiço contributivo não mais baseado no tempo de serviço, mas no tempo de contribuição, mas sem se abandonar o regime previdenciário solidário, o que ficou ainda mais patente na Emenda Constitucional nº 41/2003. Essa conclusão pode ser extraída do voto-vista do Ministro **Cezar Peluso** nas ADI nºs 3.105 e 3.128, das quais foi o Relator para os acórdãos. Segundo Sua Excelência, foi com base no caráter contributivo do sistema previdenciário, na obrigatoriedade de equilíbrio atuarial e financeiro, no imperativo da solidariedade social, na distribuição equitativa dos encargos do custeio e na diversidade da base de financiamento (§ 4º do art. 195 da CF) que esta Suprema Corte proclamou a constitucionalidade do **caput** do art. 4º da EC nº 41, reputando, no entanto, inconstitucional o parágrafo único do mesmo dispositivo, por malferimento do princípio da igualdade, adotando a Corte decisão modificativa de seu significado normativo, apenas para reconhecer a imunidade até o limite dos benefícios previdenciários vigentes na época.

Admitir-se a possibilidade da desaposentação, sem uma revisão do sistema que criou o fator previdenciário e sem uma reestruturação dos cálculos gerais atuariais implicará, aí sim, real ofensa a nossa Carta da República, mais especificamente, ao princípio da solidariedade previsto nos arts. 40, 194 e 195 da Constituição Federal, e ferirá, ainda, o tratamento isonômico e justo aos segurados, conforme determinado no art. 201, § 1º, da Constituição Federal.

Ressalto, a seguir, considerações doutrinárias que ratificam o reconhecimento de que não se acolheu, em nosso regime jurídico, o

RE 661256 / SC

instituto da desaposentação, as quais devem ser consideradas na definição da tese jurídica ora esposada:

“As contribuições previdenciárias têm como finalidade o socorro aos atingidos pelos riscos sociais previamente selecionados pelo legislador (princípios da seletividade e da distributividade), e não dos riscos selecionados pelo contribuinte, como ocorre, por exemplo, quando se permite a desaposentação dos que se aposentaram proporcionalmente e continuaram a contribuir, deferindo-lhes a aposentadoria integral.

Ademais, comprovou-se que a contribuição previdenciária é compulsória, e independe da contrapartida do regime previdenciário a cada contribuinte. No caso do aposentado, que já obteve a prestação do regime, e cuja sobrevivência não será prejudicada pelos riscos sociais (pois se encontra amparado pelo benefício previdenciário), nenhuma razão existe para fundamentar eventual prestação do regime previdenciário.

(...)

[C]umpre destacar que a possibilidade de desaposentação não existe, mas vem sendo indevidamente criada pelo Judiciário, com apoio da maior parte da doutrina.

Entretanto, ainda que fosse possível esta ‘criação’ através da atividade jurisdicional, sem prejuízo da legitimidade, o fato de todos poderem requerê-la não afasta a infração à isonomia.

O tratamento anti-isonômico não resulta da possibilidade ampla de requerimento decorrente do acesso ao Judiciário, mas, justamente, do fato de o direito à desaposentação não ser criado no âmbito do juízo de justificação, corporificado no processo legislativo, com possibilidade de participação de todos os destinatários da norma no discurso, mas no restrito âmbito do juízo de aplicação, onde, além de resultar de ato antidemocrático, pode favorecer um segurado que obtenha sentença favorável, em detrimento de outro que obtenha um provimento desfavorável.

Dessa maneira, não há segurança jurídica, porque não há

RE 661256 / SC

garantia da expectativa de comportamento. O segurado não poderia escolher se seria melhor se aposentar proporcionalmente e ter reconhecido o direito à desaposentação, ou permanecer em atividade e aguardar a aquisição do direito à aposentadoria integral, porque não haveria certeza quanto ao direito à desaposentação.

Assim, aquele que escolhe não se aposentar proporcionalmente não está sendo displicente (e, portanto, não se aplica o adágio segundo o qual o direito não socorre os que dormem), mas ao contrário, previdente. A permitir a desaposentação, premiam-se aqueles que não planejaram o futuro, que não esperaram em atividade, sabendo que o estatuto jurídico previdenciário lhes conferiria, caso o fizessem, benefício de valor maior; premiam-se aqueles que adquiriram um direito durante o período em que já fruíam da proteção previdenciária, isto é, que manipularam o risco social, e punem-se os previdentes, os que planejaram o futuro, os que deixaram de fruir o benefício com o intuito de recebê-lo em valor superior, os que confiaram na norma e nas expectativas de comportamento” (SILVA, Elisa Maria Corrêa. **Inconstitucionalidade da Desaposentação**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 100 e 101).

Passo, assim, à conclusão de meu voto divergente.

Ainda que existisse alguma dúvida quando à vinculação e ao real sentido do enunciado normativo previsto no art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91, o qual impede se reconheça a possibilidade da desaposentação, na espécie cabe a aplicação da máxima jurídica **in dubio pro legislatore**, que, para alguns doutrinadores, como García Amado (**apud** PULIDO, Carlos Bernal. **El neoconstitucionalismo a debate**. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales, 2006, p. 17), é, em verdade, uma regra de preferência quando há zona de penumbra quanto à constitucionalidade ou não de uma decisão discricionária adotada pelo legislador.

Da mesma forma, quando se vislumbra, pela abertura constitucional, uma pluralidade de concretizações possíveis, há que se respeitar o

RE 661256 / SC

“pensamento possibilista” - há muito defendido por Peter Häberle, apoiado no escólio de Niklas Luhmann (Komplexität und Demokratie, **PSV**, 4, 1968, p. 494 e ss.) - na defesa da própria democracia, desde que, como bem anotou aquele filósofo e jurista, as alternativas surjam dos marcos constitucionais (HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta**. Estudio preliminar y traducción de Emilio Mikunda-Franco. Madrid: Tecnos, 2002. p. 68).

Havendo, no futuro, efetivas e reais razões fáticas e políticas para a revogação dessas normas, ou mesmo para a instituição e a regulamentação do instituto da desaposentação, como foi também salientado na parte final do respeitável voto do eminente Ministro Relator, **o espaço democrático para esses debates há de ser respeitado, qual seja, o Congresso Nacional**, onde deverão ser discutidos os impactos econômicos e sociais mencionados pelas partes e interessados não só nas sustentações orais mas também nos memoriais.

Por derradeiro, voto pela fixação da seguinte tese de repercussão geral: **“No âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à ‘desaposentação’, sendo constitucional a regra do art. 18, § 2º, da Lei nº 8213/91”**.

Pelo exposto, voto pelo provimento de ambos os recursos extraordinários (RE nº 827.833 e RE nº 661.256).

29/10/2014

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 661.256 SANTA CATARINA

VOTO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI:**1. NATUREZA ESTATUTÁRIA DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL**

Há uma premissa conceitual essencial para a compreensão dos direitos subjetivos relacionados ao Regime Geral de Previdência Social: a de que esse regime, tal como definido na Constituição Federal (art. 201) e na legislação ordinária (Lei 8.212/91 e Lei 8.213/91), tem natureza estatutária ou institucional, e não contratual. Contratual é o regime da previdência complementar de que trata o art. 202 da Constituição, o que resulta claro e expresso no próprio *caput* e no § 2º desse dispositivo constitucional. Já o Regime Geral é inteiramente regrado por lei, sem qualquer espaço para intervenção da vontade individual.

A natureza estatutária do RGPS tem consequências importantes em relação à formação, à aquisição, à modificação e ao exercício dos correspondentes direitos subjetivos. Realmente, esses fenômenos não ocorrem de maneira uniforme no mundo jurídico, porque dependem da situação em que se inserem. Para ilustrar o pensamento da doutrina nesse domínio da ciência do direito, eis a síntese esclarecedora e didática de Celso Antônio Bandeira de Mello:

"2. Como bem o diz Laubadère, 'denomina-se situação jurídica o conjunto de direitos e obrigações de que uma pessoa pode ser titular. As situações jurídicas, basicamente, comportam dois tipos: a) situações gerais e impessoais, às vezes denominadas estatutárias ou objetivas, cujo conteúdo, segundo o citado mestre, é necessariamente o mesmo para todos os indivíduos que delas são titulares, pois tal conteúdo é determinado por disposição geral. São também chamadas de situações legais ou regulamentares (...); b) situações individuais ou subjetivas, cujo conteúdo é individualmente determinado e pode variar de um para outro titular. É o caso da situação de um credor, de

RE 661256 / SC

um devedor, de um locatário, em que o conteúdo da situação é específico para cada qual, modela-se pelo ato individual (e não por via geral, como no caso anterior). O ato individual (ato subjetivo), ao mesmo tempo que cria a situação jurídica, investe nela o indivíduo.

(...)

4. A utilidade principal da distinção a que se acaba de aludir concerne precisamente - acentua Laubadère - ao problema da modificabilidade das situações jurídicas: enquanto nas situações gerais as alterações se aplicam de plano, alcançando os que nelas estão investidos, as situações individuais e subjetivas permanecem intangíveis, intactas. E conclui: 'Vê-se que a distinção fornece o critério técnico para solução de problema da aplicação da não-retroatividade das leis.'

(...)

"Entre nós, o Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello também faz ampla e completa exposição do tema. A respeito averbou: 'As situações estatutárias se estendem a número indeterminado de sujeitos e são mutáveis segundo a alteração das regras jurídicas que a regulam. Já as situações individuais se referem apenas a especificados sujeitos, de modo determinado, e são inalteráveis por terceiros ou por uma das partes sem a concordância da outra, obedientes às regras que permitiram a sua criação.'

6. Em suma: o plexo de direitos e deveres dos indivíduos tanto pode consistir em situações gerais (ditas também estatutárias, legais, regulamentares ou objetivas), como em situações individuais, subjetivas, pessoais. As situações gerais são produzidas por atos correspondentes, ou seja, atos que têm materialmente o alcance de criar disposições gerais e abstratas. Tais atos denominam-se atos-regra. A lei, o regulamento, estatutos, regimentos, convenções coletivas de trabalho são atos-regra. As situações subjetivas são produzidas por atos correlatos, é dizer, cujo alcance material restringe-se ao produtor ou aos produtores deles. Tais atos são chamados de atos subjetivos. Seu modelo característico é o contrato. Cifram-se a regular relações específicas do ou dos intervenientes no ato.

RE 661256 / SC

Por meio deles os sujeitos delineiam uma específica relação jurídica, desenhando-lhes a figura com o empenho de suas vontades. (...)

7. *A aplicação das situações gerais aos indivíduos depende da ocorrência de algum fato ou de algum ato distinto daquele que as gerou. Pelo contrário, nas situações subjetivas o ato criador delas ipso facto investe o sujeito (ou sujeitos) nas situações que produziu. Assim, para que alguém se veja incluído em uma situação geral cumpre que ocorra algum evento previsto como deflagrador do plexo de regras jurídicas que a compõem. Este evento é que incorporará ao sujeito a situação geral. Tal evento pode ser um ato ou um fato.*

8. *Os atos que investem alguém em uma situação jurídica geral denominam-se atos-condição. Consistem em condição para que se desencadeie o conjunto de direitos e deveres que perfazem a situação jurídica de alguém. Por meio deles não se cria direito novo - ao contrário do ato subjetivo; apenas implementa-se o necessário a fim de que um quadro normativo já existente passe a vigorar em relação ao sujeito ou aos sujeitos que nele se vêm incluir. Seu alcance material é precisamente este: inserir alguém no campo de incidência de um ato geral (ato-regra). O ato condição não cria situação subjetiva: tão-só determina a incidência de uma situação geral e objetiva sobre alguém que destarte ingressa em regime comum aos demais indivíduos colhidos por esta situação geral. Por exemplo: o ato de aceitar cargo público acarreta a inserção do sujeito na situação jurídica geral de funcionário; situação que é a mesma para os funcionários em geral. O ato de se casar acarreta para os que se convertem em cônjuges suas inserções no correlato status jurídico de casados, vale dizer, na situação jurídica geral comum a todas as pessoas casadas, sujeitas ao mesmo quadro de direitos e obrigações. São atos-condição.*

9. *A inclusão de alguém em uma situação geral pode também resultar de um fato que operará como condição para que se desencadeiem as regras que a delineiam. Assim, o fato de uma pessoa auferir certo montante de renda faz com que se concretize para ela a situação - que é disciplinada de modo geral - de contribuinte do imposto de renda. O fato de um jovem completar certa idade, determina para ele a particularização da situação jurídica geral,*

RE 661256 / SC

própria dos obrigados à prestação de serviço militar.

10. *Nota-se a profunda diferença entre as situações gerais e as situações individuais. Intuitivamente percebe-se a imediata alterabilidade das primeiras e a intangibilidade das segundas".*

"Teria sentido", pergunta ele, "alguém pretender se opor à alteração das regras do imposto de renda, arguindo direito adquirido àquelas normas que vigiam à época em que se tornou contribuinte pela primeira vez? Teria sentido invocar direito adquirido para obstar a aplicação de novas regras concernentes ao serviço militar, argumentando que o regime vigorante era mais suave quando o convocado completou 18 anos? Acaso poderia um funcionário, em nome do direito adquirido ou do ato jurídico perfeito, garantir para si a sobrevivência das regras funcionais vigentes ao tempo em que ingressou no serviço público, quais as concernentes às licenças, adicionais etc.? Seria viável alguém invocar direito adquirido a divorciar-se, se a legislação posterior a seu casamento viesse a extinguir este instituto jurídico? Ou, reversamente, teria direito adquirido à indissolubilidade de vínculo se lei nova estabelecer o divórcio? É meridianamente claro o descabimento de resistência a tais alterações. Elas colhem de imediato os indivíduos inclusos nas situações jurídicas gerais modificadas. Salvo hipóteses adiante explanadas, inexistente a intangibilidade reconhecida para as situações individuais.

"Bem ao contrário", continua, "se alguém contrata com outrem o trespasse de bem móvel, convindo as partes, das possibilidades legais, que os riscos da coisa, antes da tradição, correm por conta do comprador, cria-se situação subjetiva imutável. Daí que o vendedor poderá invocar direito adquirido àquelas cláusulas, se lei posterior à avença dispuser que os riscos da coisa vendida e ainda não entregue devem ser suportados pelo vendedor. (...)

13. *É nítido o discrimen entre ambas as espécies de situações jurídicas e igualmente nítida a imediata aplicação das modificações que incidam sobre as situações gerais, ao contrário do que se passa com as subjetivas"* (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Ato Administrativo e Direito dos Administrados, RT, 1981, págs.106-111).

RE 661256 / SC

Justamente com base nessa distinção, a jurisprudência do STF assenta que, ao contrário do que ocorre com os direitos subjetivos oriundos de situações individuais – que nascem e se aperfeiçoam imediatamente, segundo as cláusulas legitimamente estabelecidas pela manifestação de vontade (contrato), tornando-se ato jurídico perfeito, insuscetível de modificação que não a decorrente também de outro ato de vontade, devendo como tal ser respeitado por lei superveniente (CF, art. 5º, XXXVI) - nas situações jurídicas estatutárias os direitos subjetivos somente nascem (= tornam-se direitos *adquiridos*) quando inteiramente aperfeiçoados os requisitos próprios previstos na lei (= o ato-condição). Por isso esta Suprema Corte tem enfatizado sistematicamente, desde longa data: a) não há direito adquirido a determinado regime jurídico de servidor público; o servidor pode adquirir direito a permanecer no serviço público, mas não adquirirá nunca o direito ao exercício da mesma função, no mesmo lugar e nas mesmas condições (RTJ 119/1324); b) enquanto não completado integralmente o período aquisitivo correspondente, não há direito adquirido a licença-prêmio ou à sua conversão em dinheiro, nada impedindo que o legislador modifique ou mesmo extinga tais vantagens (RTJ 123/681); c) não há direito adquirido a vantagem prevista em lei enquanto não implementada a condição temporal que a autorizaria (RTJ 123/372). E também por isso se afirma, para o que interessa ao caso, que a aposentadoria se regula pela lei vigente ao tempo em que forem implementados todos os requisitos necessários; antes disso, não há direito adquirido à manutenção de eventuais benefícios previstos ao início ou no curso da formação desses requisitos, nada impedindo que a lei seja alterada, com modificação do regime vigente. Trata-se de jurisprudência há muito sedimentada nesta Suprema Corte (RTJ 75/481), afirmada inclusive na sua Súmula 359.

Portanto, no âmbito do Regime Geral da Previdência Social, que é estatutário, os direitos subjetivos estão integralmente disciplinados pelo ordenamento jurídico: são apenas e tão somente aqueles previstos no referido estatuto, segundo a configuração jurídica que lhes for atribuída no momento em que implementados os requisitos necessários à sua

RE 661256 / SC

aquisição. Isso significa que a ausência de proibição à obtenção ou ao usufruto de certa vantagem não pode ser tida como afirmação do direito subjetivo de exercê-la. Na verdade, dada a natureza institucional do regime, a simples ausência de previsão estatutária do direito equivale à inexistência de um dever de prestação por parte da Previdência Social.

2. ESTATUTO JURÍDICO DO APOSENTADO QUE CONTINUA OU RETORNA AO TRABALHO

Assentada essa premissa conceitual a respeito da natureza estatutária do Regime Geral da Previdência Social, examine-se o que dispõe esse estatuto a propósito do segurado aposentado que continua ou retorna ao trabalho. A Lei 8.213/91, em sua redação original, dispunha o seguinte:

“Art. 18. O Regime Geral da Previdência Social compreende as seguintes prestações, devidas inclusive em razão de eventos decorrentes de acidente do trabalho, expressas em benefícios e serviços:

(...)

2º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ela retornar, somente tem direito à reabilitação profissional, ao auxílio-acidente e aos pecúlios, não fazendo jus a outras prestações, salvo as decorrentes de sua condição de aposentado, observado o disposto no art. 122 desta lei”.

Relativamente aos pecúlios, a disciplina legal, para o que aqui interessa, era a seguinte:

“Art. 81. Serão devidos pecúlios:

I - ao segurado que se incapacitar para o trabalho antes de ter completado o período de carência;

II - ao segurado aposentado por idade ou por tempo de serviço pelo Regime Geral de Previdência Social que voltar a exercer atividade abrangida pelo mesmo, quando dela se

RE 661256 / SC

afastar;

III - ao segurado ou a seus dependentes, em caso de invalidez ou morte decorrente de acidente do trabalho”.

“Art. 82. No caso dos incisos I e II do art. 81, o pecúlio consistirá em pagamento único de valor correspondente à soma das importâncias relativas às contribuições do segurado, remuneradas de acordo com o índice de remuneração básica dos depósitos de poupança com data de aniversário no dia primeiro”.

“Art. 83. No caso do inciso III do art. 81, o pecúlio consistirá em um pagamento único de 75% (setenta e cinco por cento) do limite máximo do salário-de-contribuição, no caso de invalidez e de 150% (cento e cinquenta por cento) desse mesmo limite, no caso de morte”.

Todavia, todos os benefícios de pecúlios foram extintos por legislação superveniente, em parte pela Lei 8.870/94 e, na parte restante, pela Lei 9.032/95. Por força disso, a partir dessa última Lei, o § 2º do art. 18 da Lei 8.213/91 passou a ter a seguinte redação:

“Art. 18. O Regime Geral da Previdência Social compreende as seguintes prestações, devidas inclusive em razão de eventos decorrentes de acidente do trabalho, expressas em benefícios e serviços:

(...)

§ 2º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social–RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado”.

Houve, ademais, uma importantíssima modificação do regime da contribuição devida por esses segurados. No período em que faziam jus a

RE 661256 / SC

pecúlios, sua contribuição tinha destinação dirigida à formação desses benefícios (ainda que não existissem formalmente fundos individuais), tanto que os valores por eles recolhidos a tal título poderiam voltar integralmente ao seu patrimônio, corrigidos monetariamente, na forma prevista no art. 82 da Lei 8.213/91. Ou seja, a contribuição do aposentado tinha característica típica de um regime previdenciário de capitalização, e não de repartição.

Porém, com a extinção dos pecúlios, ultimada pela Lei 9.032/95, foram simultaneamente introduzidos no sistema dois novos dispositivos, ambos com o mesmo objetivo. Na Lei 8.212, de 24 de julho de 1991, foi inserido o § 4º ao art. 12, com a seguinte redação:

"Art. 12. (...)

§ 4º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social (RGPS) que estiver exercendo ou que voltar a exercer atividade abrangida por este regime é segurado obrigatório em relação a essa atividade, ficando sujeito às contribuições de que trata esta lei, para fins de custeio da Seguridade Social".

E na Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, foi introduzido o § 3º ao artigo 11, com o seguinte teor:

"Art. 11. (...)

§ 3º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social (RGPS) que estiver exercendo ou que voltar a exercer atividade abrangida por este regime é segurado obrigatório em relação a essa atividade, ficando sujeito às contribuições de que trata a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, para fins de custeio da Seguridade Social".

Vê-se, portanto, que, além de restringir os benefícios aos exaustivamente enumerados no § 2º do art. 18 da Lei 8.213/91, a Lei 9.032/95 deu às contribuições vertidas pelo aposentado trabalhador uma finalidade diferente da que até então detinha, que era típica de capitalização, passando a ser devidas "para fins de custeio da Seguridade

RE 661256 / SC

Social” (e, portanto, a um regime de repartição). Essas normas deixam claro que, a partir da extinção dos pecúlios, as contribuições efetuadas pelos aposentados destinam-se ao custeio (atual, é bom salientar) do sistema geral de Seguridade, e não ao pagamento ou ao eventual incremento ou melhoria de um futuro benefício específico para o próprio segurado ou para os seus dependentes.

Em suma: o que se tem atualmente (a partir da Lei 9.032/95), em relação ao aposentado que permanece ou retorna ao trabalho, é um regime jurídico que não prevê a concessão de outros benefícios que não os do § 2º do art. 18 da Lei 8.213/91 e cujas contribuições se destinam aos custos presentes do sistema da Seguridade Social (e não de benefícios previdenciários futuros, seja ao contribuinte, seja a terceiros).

3. “DESAPOSENTAÇÃO”

Presente o estatuto jurídico acima delineado, não há como supor a existência do direito subjetivo afirmado na presente demanda, consistente em uma “desaposentação”, que seria o direito do segurado do RGPS a “renunciar” a um benefício de aposentadoria já requerido e concedido, para, simultaneamente, obter outro benefício da mesma natureza, porém mais vantajoso, em face da agregação de tempo de contribuição ocorrido nesse interregno e da menor expectativa de sobrevida. Não é preciso enfatizar que de renúncia não se trata, mas, sim, de substituição de um benefício menor por um benefício maior, uma espécie de “progressão” de escala. Essa espécie de “promoção” não tem previsão alguma no sistema previdenciário estabelecido atualmente, o que, considerada a natureza estatutária da situação jurídica em que se insere, seria indispensável para gerar um correspondente dever de prestação. E, além de estranho ao sistema, o benefício não se encontra incluído no rol exaustivo do art. 18, § 2º da Lei 8.213/91, nem pode ser considerado como decorrência necessária, direta ou indireta, das contribuições vertidas pelo segurado, que, conforme enfatizado, destinam-se legalmente ao custeio da Seguridade Social. Sendo assim, não há como reconhecer o direito à prestação reclamada sem, pelo menos, reconhecer e declarar previamente

RE 661256 / SC

a inconstitucionalidade das normas que compõem o regime estatutário do segurado aposentado que continua ou retorna ao trabalho, a saber: o art. 18, § 2º da Lei 8.213/91, bem como o § 3º do seu art. 11 e o § 4º do art. 12 da Lei 8.212/91.

Por outro lado, ainda que declarada a inconstitucionalidade desse regime, isso por si não teria a consequência de produzir naturalmente o pretenso direito à “desaposentação”. Numa extremada hipótese se poderia, contra o princípio da solidariedade que informa o sistema de Seguridade Social, cogitar de retorno ao *status* normativo anterior, com a restauração do sistema de pecúlios. Ou, se a inconstitucionalidade consistisse na indevida destinação das contribuições do segurado aposentado ao custeio da Seguridade Social (e não à capitalização de um futuro benefício previdenciário individualmente considerado), o que se poderia reclamar seria a restituição dessas contribuições ilegitimamente exigidas. Em qualquer caso, entretanto, não se poderia, a pretexto da inconstitucionalidade do sistema atual, assegurar o direito subjetivo aqui reclamado, de substituição de um benefício de aposentadoria menor por outro maior. Aliás, se esse benefício fosse garantido, seria evidente o nefasto desarranjo do sistema: nada impediria que a progressão de uma aposentadoria para outra (mal disfarçada em renúncia de um benefício, com simultânea e automática obtenção de outro) se desse a cada ano, todos os anos, pois a cada período anual será possível agregar ao benefício já usufruído, as vantagens decorrentes de novas contribuições e de menor expectativa de sobrevida. Indo além, nos benefícios calculados com a incidência do fator previdenciário, o simples transcurso do tempo, independentemente do recolhimento de contribuições, seria causa suficiente para a “desaposentação”, pois a ampliação da idade e a consequente redução da expectativa de sobrevida levam por si sós a um aumento do referido fator (§ 7º do art. 29 da Lei 8.213/91) e, dessa forma, a uma aposentadoria mais vantajosa. Não é preciso grande esforço intuitivo para vaticinar que todos os segurados do Regime Geral não hesitariam em requerer, assim que possível, o benefício de aposentadoria (proporcional ou integral) para, continuando no trabalho, ir progredindo

RE 661256 / SC

paulatinamente nessa espécie de “carreira” em que ficaria transformado o regime previdenciário brasileiro. Sob esse aspecto, justifica-se, com sobradas razões, a disposição normativa do art. 181-B do Regulamento da Previdência Social (Decreto nº 3.048/99), segundo o qual “as aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial concedidas pela previdência social, na forma deste Regulamento, são irreversíveis e irrenunciáveis”.

4. CARÁTER SOLIDÁRIO DA SEGURIDADE SOCIAL E DA PREVIDÊNCIA SOCIAL NO BRASIL

De qualquer modo, a compatibilidade do atual regime previdenciário dos segurados aposentados com a Constituição pode ser justificada com base no princípio da solidariedade. O sistema brasileiro de Seguridade Social, tal como previsto na Constituição Federal, subdividido em Previdência Social, Assistência Social e Saúde, “(...) *será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, (...)*” (art. 195), a significar que tem na solidariedade (também denominada de equidade ou de solidariedade contributiva) um de seus fundamentos essenciais. A manutenção da Seguridade Social, por isso mesmo, é dever de todos (sociedade e Administração Pública), por meio de exações com natureza de tributos, a significar que inexistente vinculação necessária entre as contribuições e uma correspondente futura contraprestação individual de um benefício ou de um serviço.

Dos três ramos da Seguridade Social, apenas a Previdência Social tem caráter contributivo (o que não significa que haja um dever de prestação retributiva de um futuro benefício equivalente; isso seria negar o princípio da solidariedade, ínsito ao sistema). Já o acesso às prestações e serviços de Assistência Social e de Saúde é gratuito, exigindo-se eventualmente (para a primeira) o preenchimento de determinados requisitos legais.

A solidariedade no financiamento da Seguridade Social e o caráter contributivo da Previdência Social não são incompatíveis. Complementam-se: a primeira consiste no financiamento compartilhado

RE 661256 / SC

da Seguridade por toda a sociedade e pela Administração Pública (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), enquanto o segundo importa no recolhimento compulsório de contribuições previdenciárias por aqueles que exercem atividades consideradas de filiação obrigatória ao Regime Geral, em conformidade com sua remuneração (e, de forma mais ampla, sua condição econômica). Por essa razão, afirma-se que “no momento da contribuição, é a sociedade quem contribui; no momento da percepção da prestação, é o indivíduo quem usufrui” (HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Direito previdenciário*. 7. ed., São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 77). De modo mais específico, “(...) é a solidariedade que justifica a cobrança de contribuições pelo aposentado que volta a trabalhar. Este deverá adimplir seus recolhimentos mensais, como qualquer trabalhador, mesmo sabendo que não poderá obter nova aposentadoria. A razão é a solidariedade: a contribuição de um não é exclusiva deste, mas sua para a manutenção de toda rede protetiva” (IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 17. ed., Niterói: Impetus, 2012, p. 65). Por isso se afirma que “a solidariedade do sistema previdenciário obriga contribuintes a verterem parte de seu patrimônio para o sustento do regime protetivo, mesmo que nunca tenham a oportunidade de usufruir dos benefícios e serviços oferecidos. É o que ocorre com o aposentado do RGPS que retorna ao trabalho, contribuindo da mesma forma que qualquer segurado, sem ter, entretanto, direito aos mesmos benefícios” (KERTZMAN, Ivan. *Curso prático de direito previdenciário*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2006, p. 24).

Com fundamento nessas características da Previdência Social, a doutrina especializada alude à existência de uma espécie de “solidariedade forçada”, a significar que as contribuições feitas pelos segurados de hoje são utilizadas para o pagamento dos benefícios hoje devidos. O sistema não utiliza as contribuições atuais para formação de um fundo destinado a pagar prestações futuras. “T tecnicamente, a previdência social é resultado da solidariedade forçada das pessoas ou gerações. Significa a participação de maioria contemporânea (contribuindo), a favor de minoria hodierna (inativo) e futura

RE 661256 / SC

(aposentados)” (MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de direito previdenciário*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 332). A existência de fundos individuais, como os criados para o pagamento dos pecúlios, contraria, portanto, a ideia de fundo mútuo idealizada pela Constituição de 1988 para o Regime Geral de Previdência Social brasileiro. Com bem assinala a doutrina, “a partir do momento em que cada trabalhador faça cotizações para si próprio, e não para um fundo mútuo, desaparece a noção de solidariedade social” (CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 41).

Ora, conforme já assinalado, a prestação aqui reclamada, de “desaposentação” tem como pressuposto que das contribuições vertidas em determinado período decorra, necessariamente, o dever de prestação de um benefício individual futuro (e não atual). Essa ideia não se compatibiliza com o princípio da solidariedade, nem com a finalidade a que se destinam as contribuições devidas pelo segurado aposentado que continua ou retorna ao trabalho, as quais, por disposição legal expressa, destinam-se ao custeio da Seguridade Social. É indispensável considerar que a própria aposentadoria de quem continua trabalhando é um benefício previdenciário suportado pelas atuais contribuições vertidas pelos segurados em atividade (inclusive as suas próprias contribuições). Esse fenômeno é a representação do princípio da solidariedade que informa o sistema: os benefícios dos inativos do presente são suportados pelos trabalhadores atuais, que, ao se tornarem aposentados, também terão seus benefícios custeados pelos novos trabalhadores, no denominado *financiamento de gerações*: a geração atual custeia, segundo suas forças, os benefícios de previdência da geração passada. Foi justamente esse modo de compreender o sistema previdenciário que, em situação análoga, orientou esta Suprema Corte na apreciação de normas incidentes sobre os Regimes Próprios de Previdência Social (RPPS), no julgamento das ADI 3105 e 3128. Naquela oportunidade, o Plenário reconhecer a constitucionalidade, de um modo geral, do art. 4º da Emenda Constitucional 41/2003, que instituiu a cobrança de contribuição

RE 661256 / SC

previdenciária pelos servidores públicos inativos ou seus pensionistas. Eis a ementa do acórdão da ADI 3015:

“1. Inconstitucionalidade. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Ofensa a direito adquirido no ato de aposentadoria. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Emenda Constitucional nº 41/2003 (art. 4º, caput). Regra não retroativa. Incidência sobre fatos geradores ocorridos depois do início de sua vigência. Precedentes da Corte. Inteligência dos arts. 5º, XXXVI, 146, III, 149, 150, I e III, 194, 195, caput, II e § 6º, da CF, e art. 4º, caput, da EC nº 41/2003. No ordenamento jurídico vigente, não há norma, expressa nem sistemática, que atribua à condição jurídico-subjetiva da aposentadoria de servidor público o efeito de lhe gerar direito subjetivo como poder de subtrair ad aeternum a percepção dos respectivos proventos e pensões à incidência de lei tributária que, anterior ou ulterior, os submeta à incidência de contribuição previdencial. Noutras palavras, não há, em nosso ordenamento, nenhuma norma jurídica válida que, como efeito específico do fato jurídico da aposentadoria, lhe imunize os proventos e as pensões, de modo absoluto, à tributação de ordem constitucional, qualquer que seja a modalidade do tributo eleito, donde não haver, a respeito, direito adquirido com o aposentamento. 2. (...). Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Regra não retroativa. Instrumento de atuação do Estado na área da previdência social. Obediência aos princípios da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial, bem como aos objetivos constitucionais de universalidade, equidade na forma de participação no custeio e diversidade da base de financiamento. (...)” (ADI 3105/DF, Pleno, Rel. p/ acórdão Min. Cezar Peluso, DJ 18/02/2005, p. 4).

RE 661256 / SC

Destaca-se do voto vencedor do Ministro Cezar Peluso a referência à solidariedade no regime previdenciário, com base no qual as contribuições não se vinculam ao pagamento de um benefício individual, eventual e futuro, ao contribuinte, mas se destinam ao custeio geral de todo o sistema previdenciário:

“(...) 18. O regime previdenciário público tem por escopo garantir condições de subsistência, independência e dignidade pessoais ao servidor idoso, mediante o pagamento de proventos da aposentadoria durante a velhice, e, conforme o art. 195 da Constituição da República, deve ser custeado por toda a sociedade, de forma direta e indireta, o que bem poderia chamar-se *princípio estrutural da solidariedade* .

Diferentemente do Chile, cujo ordenamento optou por regime essencialmente contributivo e capitalizador, em que cada cidadão financia a própria aposentadoria contribuindo para uma espécie de fundo de capitalização, administrado por empresas privadas, com fins lucrativos, nosso constituinte adotou um *regime público de solidariedade*, em cuja organização as contribuições são destinadas ao custeio geral do sistema, e não, a compor fundo privado com contas individuais. (...)”.

Julgados subsequentes de ambas as Turmas reiteraram a mesma compreensão, enfatizando o princípio da solidariedade impregnado no sistema:

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INSS. PENSÃO POR MORTE. LEI N. 9.032/95. APLICAÇÃO RETROATIVA. NÃO OCORRÊNCIA. EXTENSÃO DO AUMENTO A TODOS OS BENEFICIÁRIOS. PRINCÍPIO DA ISONOMIA.

(...)

3. O sistema público de previdência social é baseado no princípio da solidariedade [artigo 3º, inciso I, da CB/88], contribuindo os ativos para financiar os benefícios pagos aos

RE 661256 / SC

inativos. Se todos, inclusive inativos e pensionistas, estão sujeitos ao pagamento das contribuições, bem como aos aumentos de suas alíquotas, seria flagrante a afronta ao princípio da isonomia se o legislador distinguisse, entre os beneficiários, alguns mais e outros menos privilegiados, eis que todos contribuem, conforme as mesmas regras, para financiar o sistema. Se as alterações na legislação sobre custeio atingem a todos, indiscriminadamente, já que as contribuições previdenciárias têm natureza tributária, não há que se estabelecer discriminação entre os beneficiários, sob pena de violação ao princípio constitucional da isonomia. Agravo regimental não provido” (RE 414816 AgR/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, j. 26/04/2005, DJ 13/05/2005, p. 20).

“(...) Embora a adoção do modelo solidário de custeio da previdência esteja longe de cancelar todo e qualquer tipo de aumento da base de tributação, a referibilidade ou a retributividade linear postulada pela agravante também é inaplicável. A alegação genérica de que o aumento da contribuição deve ser respaldado diretamente por igual acréscimo do benefício (retributividade linear) é insuficiente, pois não enfrenta o alcance do princípio da solidariedade. (...)” (AI 724582 AgR/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 22/03/2011, DJe 06/04/2011).

É importante considerar, finalmente, que as restrições e limitações a que são submetidos os segurados aposentados que continuam ou retornam ao trabalho constituem um mecanismo de inibição à cumulação de proventos de aposentadorias precoces com os ganhos do trabalho superveniente, o que transforma os referidos proventos, concebidos para atender situação de risco social, em mera complementação de renda. Como tantos outros com finalidade semelhante, esse mecanismo de inibição a precocidade da aposentadoria até por isso se mostra compatíveis com o sistema constitucional.

RE 661256 / SC

5. CONCLUSÃO

Ante o exposto, por não considerar presente qualquer inconstitucionalidade no estatuto jurídico do segurado aposentado que permanece ou retorna ao trabalho – seja no que se refere aos limites impostos à concessão de novas vantagens, seja no que se refere à destinação de suas contribuições – voto no sentido de negar provimento ao recurso extraordinário interposto pelos segurados no RE 381.367 e para dar provimento ao recurso do INSS nos RE 661.256 e 827.833. É o voto.

29/10/2014**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 661.256 SANTA CATARINA****CONFIRMAÇÃO DE VOTO****O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)**

- Senhor Presidente, como fui Relator, e as posições, a essa altura, estão divididas, eu gostaria de brevemente recolocar a questão, e devo dizer que não pretendo convencer ninguém que já tenha opinião formada, portanto, não estou pregando para os já convertidos. Gostaria de pregar para quem ainda não se tenha convertido a nenhuma fé nessa matéria. Eu estruturei o meu voto, e mantenho a minha posição, depois de ter ouvido com atenção a manifestação do Ministro Teori, do Ministro Dias Toffoli e de já ter lido a posição do Ministro Marco Aurélio, pela seguinte consideração.

O sistema previdenciário se assenta sobre dois vetores: solidariedade e o princípio contributivo. Nenhum deles dois reina soberano. A solidariedade decorre do fato de que contribuem para o sistema: as empresas, que não se beneficiam, e as verbas do orçamento, aportadas. Além do que - como observado - a solidariedade é o que permite que alguém que tenha contribuído uma semana, e ficado inválido, possa se beneficiar do sistema, de modo que o sistema é solidário. Ademais, o sistema é contributivo, os empregados pagam um percentual do seu salário para o sistema em troca de benefícios que a própria Constituição, genericamente, prevê. Portanto, há um equilíbrio entre solidariedade e contribuição no sistema.

Do que nós estamos falando, aqui, apenas para contextualizar? O cidadão que, por exemplo, aos cinquenta anos, se aposenta proporcionalmente e passa a receber proventos. Em seguida, ele volta ao mercado de trabalho e passa a receber salário. Portanto, ele vai acumular proventos com salários. Sobre os proventos, ele não paga a contribuição previdenciária, porque os empregados da iniciativa privada, diferentemente dos servidores públicos, não pagam contribuição

RE 661256 / SC

previdenciária. Portanto, ele recebe proventos e recebe salário. Sobre o salário, ele paga contribuição previdenciária, de modo que ele fica recebendo os seus proventos e passa a receber salário. Depois, por exemplo, ele se aposentou aos cinquenta anos, passa quinze recebendo salário, e, aos sessenta e cinco, ele quer passar, definitivamente, para a inatividade. Portanto, ele quer "se aposentar" de novo. É dessa figura que nós estamos tratando aqui.

Foram colocadas na mesa duas soluções extremas: a solução inicialmente preconizada pelo Ministro Dias Toffoli, no sentido de que é vedada a desaposentação. E a posição sustentada pelo eminente Ministro Marco Aurélio de que existe o direito à desaposentação, sem necessidade de se levar em conta o que o segurado já recebeu de proventos, aqueles quinze anos de proventos no meu exemplo.

Eu penso, com todo o respeito...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me permite um aparte? Apenas para ser fiel ao que lancei como fundamentação de meu voto: não seria o direito em si à desaposentação, porque, se cogito da desaposentação, terei de afastar do cenário jurídico o recebimento dos proventos que tiveram origem nas contribuições anteriores do aposentado.

Verso, em meu voto, o direito ao recálculo desses proventos, caso alcançado patamar superior em termos de mercado, presente o salário-contribuição, observado o período de carência. Seria apenas recálculo.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Enfim, de certa forma é a posição que vem do Superior Tribunal de Justiça. Portanto, os dois extremos são proibir a desaposentação, permitir a desaposentação, para usarmos o termo, sem levar em conta os proventos já recebidos.

Por que eu acho que ambas as soluções são ilegítimas do ponto de vista constitucional? Porque proibir a desaposentação significará fazer este empregado ter contribuído por quinze anos para o sistema, sem que

RE 661256 / SC

ele tenha qualquer benefício, sequer potencial, em retorno. Portanto, é a sua funcionalização. Essa é a sua funcionalização plena.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A menos que ele procure se acidentar em serviço!

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Eu não quero trazer, aqui, o princípio da dignidade da pessoa humana, porque nós estamos discutindo uma questão tributária, e não, propriamente, um direito fundamental. Mas este homem, ele é apenas um objeto dentro do sistema. Ele está lá só para contribuir, sem nenhuma perspectiva de retorno numa contribuição que é vinculada a benefícios por força da Constituição.

Portanto, eu acho que o extremo de proibir a desaposentação, depois de cobrar a contribuição, é incompatível com a Constituição. De outra parte, admitir que ele se desaposente, sem levar em conta o que ele já recebeu, também produz um resultado duplamente inconstitucional. *Em primeiro lugar*, porque é anti-isonômico, porque colocará o empregado que tenha se aposentado cedo em situação mais favorável do que outro, com a mesma idade e o mesmo tempo de contribuição, que não tenha se aposentado mais cedo. Portanto, em primeiro lugar, é anti-isonômico, porque quem se aposentou aos cinquenta e começou a sacar do sistema não pode ser tratado da mesma forma que vai ser tratado quem entra no sistema pela primeira vez, aos sessenta e cinco anos.

Em segundo lugar, Presidente, permitir a desaposentação, sem levar em conta os proventos recebidos, é uma medida inconstitucional porque ela significará um estímulo às aposentadorias precoces. E um dos princípios do sistema é, precisamente, a manutenção do equilíbrio atuarial e financeiro. De modo que nós tomarmos uma decisão que estimule a aposentadoria precoce, aos cinquenta anos, em um mundo que está elevando a idade mínima da aposentadoria para sessenta e sete anos, é andar na contramão, como se nós estivéssemos em posição diversa do resto do mundo. O que não é verdade. Portanto, nós temos que ter a

RE 661256 / SC

mesma preocupação com a higidez do sistema, porque, senão, vamos comprometer as próximas gerações. Portanto, as duas soluções extremas me parecem incompatíveis com a Constituição.

É por esta razão, Presidente, que eu procurei construir um caminho do meio - para quem gosta de filosofia, Aristóteles; para quem gosta de filosofia da religião, Budismo -, uma forma de se produzir uma solução justa que escape aos dois extremos que me parecem ser inconstitucionais. Qual é a solução que eu acho justa? Pode desaposentar, mas tem que levar em conta os saques já feitos no sistema, os valores que já foram recebidos a título de desaposentação.

Como é que se faz isso? No momento da aposentadoria, todo trabalhador da iniciativa privada, para cálculo dos seus benefícios, sofre a incidência do que se chama o fator previdenciário. O fator previdenciário é composto de quatro elementos: idade, expectativa de vida, tempo de contribuição e valor da contribuição. Para que serve o fator previdenciário? Para graduar o benefício que o empregado vai receber em função da quantidade de tempo que ele vai permanecer no sistema. Portanto, quem se aposenta mais cedo e vai ficar mais tempo, tem uma redução maior; quem se aposenta aos sessenta e cinco anos não tem redução; quem se aposenta um pouco mais a frente, tem até um benefício. É para isso que existe o fator previdenciário.

Qual é a solução que eu estou propondo? O indivíduo que contribuiu esses quinze anos e quer obter o novo benefício - e, portanto, ele vai sofrer, no cálculo do novo benefício, a incidência do fator previdenciário -, a minha proposta é: quando se aplicar o fator previdenciário para o novo benefício, a idade e a expectativa de vida são calculados no momento da primeira aposentadoria, lá atrás, porque foi nesse momento que ele entrou no sistema. E, portanto, o único benefício que ele vai ter a mais é o tempo que ele contribuiu a mais e, eventualmente, se o valor da contribuição dos últimos trinta e seis meses for maior, vai aumentar a média dele. Mas, verdadeiramente, o que ele vai ter de benefício, pela minha proposta, diz respeito tão somente ao tempo que ele contribuiu a mais. Assim se supera a inconstitucionalidade

RE 661256 / SC

que ocorreria em funcionalizar este indivíduo, já que, do contrário, ficaria a servir ao sistema sem ter absolutamente nada em troca.

Este cálculo que eu fiz, quer dizer, esta proposta que eu faço gera um impacto fiscal suportável e quase integralmente coberto pelas contribuições que essas pessoas pagaram. Portanto, eu acho que é suportável do ponto de vista fiscal e é justo do ponto de vista ético e do ponto de vista constitucional.

Agora - e, aqui, eu chego, Presidente, ao ponto central da minha argumentação -, eu construí esta solução a partir desses princípios constitucionais, porque considero que não há disciplina legal para essa matéria. Porque a Lei nº 8.213 - ela é de 1991 - é do tempo em que o empregado que voltava a atividade e contribuía, ao final, recebia um pecúlio. Recebia o dinheiro de volta. Portanto, a Lei não previu desaposentação, porque simplesmente não se cogitava dessa possibilidade. Quando se suprimiu o pecúlio, não se previu essa hipótese.

De modo que, a meu ver, nós estamos diante, verdadeiramente, de uma lacuna normativa e não de uma inconstitucionalidade. Eu acho que a Lei nº 8.213/1991, o art, 18, § 2º, simplesmente não cogitou da desaposentação. Por isso que eu não vejo necessidade de declarar o § 2º do art, 18 inconstitucional. Ele simplesmente não se aplica. Ele conserva essencialmente sua redação original. Portanto, diante de uma lacuna normativa, eu construí a única solução que me parecia possível à luz dos princípios constitucionais - solidariedade e o princípio contributivo - e da legislação que instituiu o fator previdenciário.

Existem outras soluções possíveis, só que eu penso que essas são de índole normativa primária. Uma delas, que já se cogitou, inclusive legislativamente, é voltar ao sistema de pecúlio, restituindo metade. Portanto, cinquenta por cento da contribuição é pelo caráter solidário, cinquenta por cento o sujeito recebe de volta corrigido, o que até me parece uma boa solução. De modo que, como eu entendo que há uma omissão, eu propus esta solução e aqui chego na conclusão, Presidente, das minhas considerações para dizer o seguinte.

Figuras pouco ortodoxas, como a meu ver são o fator previdenciário

RE 661256 / SC

e a própria desaposentação, só estão sendo cogitadas porque não se estabeleceu uma idade mínima para a aposentadoria no setor privado. Não há dois nem três países no mundo que não adotaram essa idade mínima ainda, porque os sistemas vão quebrar. E, conseqüentemente, nós vamos criar um problema de justiça intergeracional. De modo que o que se tem que fazer é criar uma idade mínima. Na verdade, o que se tem que fazer é criar uma solução, que é mais justa ainda que a idade mínima, que é a soma do tempo de contribuição com a idade. E já há propostas na mesa. Por que essa solução é mais justa do que estabelecer a idade de sessenta e cinco anos? Porque as pessoas pobres começam a trabalhar com quinze anos e as pessoas ricas, muitas vezes, começam a trabalhar com vinte e cinco. De modo que se o critério único for a idade, você cria uma desequiparação. Mas se o critério for a soma entre idade e tempo de contribuição, você cria um mecanismo justo e o mundo considera justo noventa e cinco para homens e oitenta e cinco para mulheres. Portanto, nós só estamos enfrentando este problema, porque não há a lei, que precisa vir, cuidando deste assunto.

Não é uma opção ideológica, não é uma opção filosófica. Se fosse possível todo mundo se aposentaria aos cinquenta anos e vamos desfrutar a vida, mas não é essa a situação do mundo, em que a expectativa de vida aumentou. Então nós temos que ser realistas e trabalhar sobre essa premissa. Enquanto isso não vier, acho que nós não podemos ficar nos dois extremos. Porque eu acho que o problema, Presidente, é uma questão de ausência de norma.

A minha proposta é no sentido de prevalecer a solução que estou aqui alvitando, se em cento e oitenta dias da nossa decisão o Congresso Nacional não dispuser a respeito. Portanto, eu acho que a melhor fórmula de relação entre os Poderes, a melhor forma de diálogo institucional é, em lugar de decidirmos prontamente, nós estabelecermos algumas ideias e alguns parâmetros e o Congresso Nacional, o Poder Legislativo, que é a instância política de deliberação por excelência, poderá, se quiser, dispor a respeito dessa matéria. Ou mesmo a Presidente da República, se achar que é o caso. Portanto, é uma solução que respeita a separação dos

RE 661256 / SC

Poderes. E, novamente movido por uma preocupação fiscal, eu entendo que nós estamos mudando o entendimento que sempre vigorou na Administração. De modo que a minha proposta também só produz efeitos *ex nunc*. Portanto, não há atrasados, não há esqueleto. Esta é uma proposta que só vai vigor daqui a cento e oitenta dias, se o Congresso Nacional não entender como do seu papel de prover diferentemente acerca desta matéria.

Então acho importante realçar, para concluir, Presidente, a presença do diálogo institucional e o caráter *ex nunc* da decisão que eu estou propondo, que a mim evidentemente me parece melhor e por isso estou insistindo nela. Eu me lembro sempre de uma frase do André Gide, em que ele dizia: "creia nos que buscam a verdade, mas desconfie dos que a encontram". Portanto, não acho que esteja proclamando uma verdade revelada, mas acho verdadeiramente que esse é um caminho do meio, que faz justiça aos aposentados sem comprometer, em um grau relevante, à solvabilidade fiscal do país.

Desse modo, reitero o meu voto e agradeço a Vossa Excelência e aos eminentes colegas a oportunidade de reiterar meus argumentos.

29/10/2014**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 661.256 SANTA CATARINA**

RELATOR	: MIN. ROBERTO BARROSO
REDATOR DO ACÓRDÃO	: MIN. DIAS TOFFOLI
RECTE.(S)	: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL FEDERAL
RECDO.(A/S)	: VALDEMAR RONCAGLIO
ADV.(A/S)	: ADILSON VIEIRA MACABU E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO- IBDP
ADV.(A/S)	: GISELE LEMOS KRAVCHYCHYN E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE.	: CONFEDERAÇÃO BRASILEIRA DE APOSENTADOS E PENSIONISTAS - COBAP
ADV.(A/S)	: GABRIEL DORNELLES MARCOLIN

VISTA

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Senhor Presidente, quando Vossa Excelência indagou, no início da sessão, se todos estavam perfeitamente esclarecidos quanto ao tema e em condições de proferir o seu voto, permaneci em silêncio. Então, tacitamente, aquiesci. E tenho até voto escrito, com a convicção firmada em um primeiro momento. Mas, depois da manifestação nesta sessão do Ministro Luís Roberto, ainda a incentivar reflexão maior sobre o tema, se não causar maiores dificuldades à Corte, até pela delicadeza do tema – vieram novos memoriais com dados no mínimo preocupantes com relação a uma decisão –, requiero vista regimental.

29/10/2014

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 661.256 SANTA CATARINA

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Louvo a iniciativa de Vossa Excelência. O tema é extremamente complexo realmente e pode causar, em tese, um impacto muito grande nos cofres públicos; um segundo olhar, ou agora um quarto olhar, sobre essa questão é bastante conveniente, oportuno, desejável, e, então, aguardaremos.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 661.256

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO

RECTE.(S) : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL FEDERAL

RECDO.(A/S) : VALDEMAR RONCAGLIO

ADV.(A/S) : ADILSON VIEIRA MACABU (RJ015979/) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO- IBDP

ADV.(A/S) : GISELE LEMOS KRAVCHYCHYN (18200/SC) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : UNIÃO

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIAO

AM. CURIAE. : CONFEDERAÇÃO BRASILEIRA DE APOSENTADOS E

PENSIONISTAS - COBAP

ADV.(A/S) : GABRIEL DORNELLES MARCOLIN (0076643/RS)

Decisão: Retirado de pauta em face da aposentadoria do Relator. Presidência do Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 26.11.2012.

Decisão: Após o relatório, o julgamento foi suspenso. Ausentes a Ministra Cármen Lúcia, representando o Tribunal na *Viagem de Estudos sobre Justiça Transicional*, organizada pela Fundação Konrad Adenauer, em Berlim, entre os dias 5 e 9 de outubro de 2014, e na 100ª Sessão Plenária da Comissão Europeia para a Democracia pelo Direito (Comissão de Veneza), em Roma, nos dias 10 e 11 subsequentes, e o Ministro Dias Toffoli que, na qualidade de Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, participa do VII Fórum da Democracia de Bali, na Indonésia, no período de 8 a 13 de outubro de 2014. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 08.10.2014.

Decisão: Após o voto do Ministro Roberto Barroso (Relator), dando parcial provimento ao recurso, o julgamento foi suspenso. Ausentes a Ministra Cármen Lúcia, representando o Tribunal na *Viagem de Estudos sobre Justiça Transicional*, organizada pela Fundação Konrad Adenauer, em Berlim, entre os dias 5 e 9 de outubro de 2014, e na 100ª Sessão Plenária da Comissão Europeia para a Democracia pelo Direito (Comissão de Veneza), em Roma, nos dias 10 e 11 subsequentes; o Ministro Dias Toffoli que, na qualidade de Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, participa do VII Fórum da Democracia de Bali, na Indonésia, no período de 8 a 13 de outubro de 2014, e, justificadamente, o Ministro Teori Zavascki. Falaram, pelo recorrente Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, o Dr. Marcelo de Siqueira Freitas, Procurador-Geral Federal; pelo *amicus curiae* Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário - IBDP, a Dra. Gisele Kravchychyn, e, pelo *amicus*

curiae Confederação Brasileira de Aposentados e Pensionistas - COBAP, o Dr. Gabriel Dornelles Marcolin, OAB/RS 76.643. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 09.10.2014.

Decisão: Após os votos dos Ministros Dias Toffoli e Teori Zavascki, que davam provimento integral ao recurso, pediu vista dos autos a Ministra Rosa Weber. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 29.10.2014.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki e Roberto Barroso.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Fabiane Pereira de Oliveira Duarte
Assessora-Chefe do Plenário

26/10/2016**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 661.256 SANTA CATARINA****ANTECIPAÇÃO AO VOTO**

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhora Presidente, na verdade, eu pedi vista dos autos do processo que veicula o Recurso Extraordinário 661.256. Como os autos dos outros dois recursos extraordinários estavam a eles apensos, vieram junto. E se mostrou bastante oportuno, esse pedido de vista, porque me permitiu verificar as peculiaridades de cada um desses feitos.

Trata-se do Tema 503 da Repercussão Geral, que tem a seguinte definição: “Conversão de aposentadoria proporcional em aposentadoria integral por meio do instituto da desaposentação”. Ele é objeto do Recurso Extraordinário 661.256.

O Recurso Extraordinário 381.367 veicula questão análoga, mas não está submetido ao regime da repercussão geral. Trata-se de processo subjetivo.

Já o Recurso Extraordinário 827.833 diz, na verdade, do meu ponto de vista, com hipótese distinta, chamada de reaposentação, embora exista na doutrina e na jurisprudência muita divergência com relação a esses conceitos. Nele há, de qualquer sorte, uma situação peculiar, que procuro esclarecer no meu voto para efeito de definir a quem acompanharei, nos três processos, considerada a posição dos Relatores, Ministro Marco Aurélio e Ministro Luís Roberto, e a divergência aberta pelo Ministro Teori Zavascki, na mesma linha da divergência já aberta pelo Ministro Dias Toffoli no processo sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio.

Digo eu, Senhora Presidente, começando pelo Recurso Extraordinário 661.256, que este Tribunal reconheceu, em 17 de novembro de 2011, a existência de repercussão geral da questão constitucional alusiva à possibilidade de renúncia a benefício de aposentadoria e subsequente utilização, do tempo de serviço/contribuição que

RE 661256 / SC

fundamentou a prestação previdenciária originária, para a obtenção de benefício mais vantajoso, a partir do cômputo do tempo anterior e do tempo posterior à jubilação.

A distinção primeira que faço, na trilha de abalizada doutrina, é entre a **aposentadoria**, como situação jurídica daquele que passa à inatividade, e a **aposentação**, como aquele ato formal em que alguém é investido na condição de inativo, mediante o deferimento de um benefício a partir do preenchimento de determinados requisitos. Nessa linha, a **desaposentação** representa justamente a possibilidade de o aposentado, mediante renúncia, vir a fazer jus, no caso de retorno à atividade ou de continuidade da atividade depois de deferido o benefício previdenciário, e considerado o tempo de serviço ou de contribuição anterior e posterior ao deferimento do benefício, uma vez preenchidos os requisitos próprios, a um novo benefício de aposentadoria. Essa, repito, a desaposentação. Já na **reaposentação**, tem-se o deferimento do benefício da aposentadoria em razão do preenchimento dos requisitos legais. No RE 828.833, por exemplo, a segurada aposentou-se por tempo de serviço/contribuição (mais de 30 anos). Posteriormente, há o retorno ao trabalho e o preenchimento nesta atividade seguinte, em que recolhida contribuição previdenciária, dos requisitos de um novo benefício, mais vantajoso. No exemplo anterior, aposentadoria por idade, porque a segurada contava com mais do que os necessários 15 anos de contribuição - a rigor 17 anos e pouco -, e 70 anos de idade. Considerando que, pela aposentadoria por tempo de serviço/contribuição, ela recebia uma prestação mensal de R\$ 1.200,00 aproximadamente, no momento do ingresso da ação, e que, se aposentada fosse por idade, ela receberia uma mensalidade de R\$ 3.200,00 entrou em juízo buscando o cancelamento da aposentadoria por tempo de serviço/contribuição e o deferimento desta nova aposentadoria por idade. Configura-se, consoante a doutrina citada, hipótese de reaposentação, porque não se pretende o cômputo conjunto do tempo de serviço/contribuição anterior e posterior ao primeiro benefício. Nesse caso, os requisitos dizem apenas com o segundo período de atividade, por retorno ou por continuidade de atividade. Isso ocorreu

RE 661256 / SC

muitas vezes em razão do nosso sistema de aposentadorias precoces que oportunizava, pela continuidade da prestação de serviços, o implemento dos requisitos da aposentadoria por idade, em que o período de carência é bem menor e havia o implemento da idade de 60 ou 65 anos, conforme homem ou mulher. No caso, a segurada já completara 70 anos.

Essas as nuances fáticas a destacar com relação aos processos, embora todos vinculados - como eu disse - ao Tema 503 de Repercussão Geral. Esse Tema 503 está assim ementado, Senhora Presidente:

"Possui repercussão geral a questão constitucional alusiva à possibilidade de renúncia a benefício de aposentadoria, com a utilização do tempo de serviço/contribuição que fundamentou a prestação previdenciária originária para a obtenção de benefício mais vantajoso".

O Recurso Extraordinário foi submetido ao Plenário Virtual pelo Ministro Ayres Britto, e o julgamento aconteceu em 17 de novembro de 2011.

Gostaria, Senhora Presidente, antes de passar ao meu voto-vista - procurei resumi-lo em pouco mais de 10 laudas, para não tomar o tempo do Plenário quando já há quatro votos colhidos -, de explicitar, para melhor compreensão, e pedindo licença aos eminentes Relatores, os **aspectos fáticos** subjacentes a cada um desses processos, com reflexo na parte dispositiva da decisão que proponho.

O **RE 381367**, do Rio Grande do Sul, da relatoria do Ministro MARCO AURÉLIO, foi interposto, pelas seguradas, em **ação ordinária previdenciária** ajuizada contra o INSS.

Na inicial deduzidos pedidos de i) declaração de inconstitucionalidade do artigo 18, § 2º, da Lei 8.213/91 e ii) nova aposentadoria. Alega-se que, embora aposentadas as autoras em 11/94, 6/94, 4/97 e 8/95, permaneceram exercendo atividade laboral, de modo a fazerem jus à contraprestação em forma de benefício, considerado o recolhimento de contribuição previdenciária após a jubilação.

Diante de sentença de improcedência, interposta apelação, à qual o

RE 661256 / SC

Tribunal Regional Federal da 4ª Região negou provimento , ao fundamento, em síntese, de que *“a contribuição para a Previdência Social não pressupõe contraprestação em forma de benefício”*.

No **recurso extraordinário** manejado contra essa decisão do TRF as recorrentes reiteram os pedidos de declaração de inconstitucionalidade do artigo 18, § 2º, da Lei 8.213/91; de declaração do direito de renunciar à aposentadoria atual para a concessão de outra e de condenação do INSS ao pagamento de diferenças entre a aposentadoria paga e a devida.

O parecer é pelo não conhecimento do recurso.

O Relator, em seu voto, deu provimento ao recurso extraordinário e os Ministros Dias Toffoli e Teori Zavascki negaram-lhe provimento.

O **RE 661256** , oriundo de Santa Catarina , da relatoria do Ministro ROBERTO BARROSO, foi interposto pelo INSS. O segurado alega, na inicial da ação previdenciária que, não obstante o deferimento de aposentadoria especial, em 8/10/92, após 27 anos de contribuição, *“permaneceu em atividade remunerada, promovendo as respectivas contribuições previdenciárias”*. Afirmou ter pretendido, em 21/0/2006, “ver seu benefício por tempo de serviço/especial cessado mediante a imediata concessão de novo benefício aposentadoria por tempo de contribuição”.

Julgado improcedente o pedido, o segurado interpôs **apelação** à qual o **Tribunal Regional Federal da 4ª Região deu parcial provimento** aos fundamentos, em síntese, de que:

(...)

Assim, a pretensão da autora merece parcial acolhida, para declarar o direito à renúncia do benefício atualmente percebido e à concessão de novo benefício, mediante a devolução dos valores recebidos em decorrência do gozo do antigo benefício.

Considerando que os efeitos são *ex tunc* , sequer há se falar em compensação futura.

Configurada a sucumbência recíproca, restam compensados os honorários advocatícios.

RE 661256 / SC

Da ementa dessa decisão constou *verbis*:

“1. Tratando-se a aposentadoria de um direito patrimonial, de caráter disponível, é passível de renúncia. 2. Pretendendo o segurado renunciar à aposentadoria por tempo de serviço para postular novo jubilamento, com a contagem do tempo de serviço em que esteve exercendo atividade vinculada ao RGPS e concomitantemente à percepção de proventos de aposentadoria, os valores recebidos da autarquia previdenciária a título de amparo deverão ser integralmente restituídos (....)”.

Interposto recurso especial pela Autarquia, a **Relatora** do processo **no Superior Tribunal de Justiça negou-lhe seguimento** e , com fulcro no artigo 557, § 1º-A, do CPC, deu provimento parcial ao recurso especial do Autor, a fim de lhe assegurar “o direito de renunciar à aposentadoria de que é titular, sem a necessidade de devolução dos valores recebidos quando em gozo desse benefício, devendo os autos retornarem ao Tribunal de origem para análise dos requisitos necessários à concessão do novo benefício postulado” (dispositivo, p. 216).

Ao agravo regimental do INSS a **Quinta Turma do STJ** negou provimento, ao entendimento de que *“as razões apresentadas no presente recurso em nada contribuem para modificar o entendimento firmado no decisório agravado, fundamentado que restou na sólida jurisprudência desta Corte, no sentido de que, por se tratar de direito patrimonial disponível, o segurado pode renunciar à sua aposentadoria com o propósito de obter benefício mais vantajoso, no regime geral da previdência social ou em regime próprio de previdência, mediante a utilização de seu tempo de contribuição, sendo certo, ainda, que tal renúncia não implica em devolução dos valores percebidos”* (p. 233-4) . Eis a ementa:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE SOBRESTAMENTO. AUSÊNCIA DE AMPARO LEGAL. VIOLAÇÃO À CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO.

RE 661256 / SC

INEXISTÊNCIA. APRECIÇÃO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. INADMISSIBILIDADE. RENÚNCIA A BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE. DIREITO PATRIMONIAL DISPONÍVEL. DEVOLUÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS. NÃO-OBIGATORIEDADE. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Não subsiste o pleito de se determinar o sobrestamento do julgamento do presente recurso, sob a alegação de que o Supremo Tribunal Federal está apreciando a constitucionalidade do art. 18, § 2.º, da Lei n.º 8.213/91, tanto por se tratar de pedido desprovido de amparo legal, quanto pelo fato de que a Suprema Corte não está decidindo a questão em tela em sede de controle abstrato de constitucionalidade. 2. Também não prevalece a alegação de ofensa à cláusula de reserva de plenário, uma vez que a decisão hostilizada, sequer implicitamente, declarou a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. 3. A via especial, destinada à uniformização da interpretação do direito federal infraconstitucional, não se presta à análise de dispositivos da Constituição da República, ainda que para fins de prequestionamento, com o intuito de interposição de recurso extraordinário. 4. **Permanece incólume o entendimento firmado no decisório agravado, no sentido de que, por se tratar de direito patrimonial disponível, o segurado pode renunciar à sua aposentadoria com o propósito de obter benefício mais vantajoso, no regime geral de previdência social ou em regime próprio de previdência, mediante a utilização de seu tempo de contribuição, sendo certo, ainda, que, tal renúncia não implica em devolução dos valores percebidos.** 5. Agravo regimental desprovido.

Embargos de declaração do INSS rejeitados.

No **recurso extraordinário** voltado **contra o acórdão do Tribunal Regional Federal**, o INSS alega: (i) afronta à constitucionalidade e a imperatividade da vedação insculpida no artigo 18, § 2º, da Lei 8.213/91, ao emprego das contribuições posteriores à aposentadoria; (ii) violação do inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal; e (iii) ofensa ao

RE 661256 / SC

princípio da solidariedade previsto nos artigos 40, 194 e 195 da Constituição Federal 1, e contrariedade à a isonomia entre os segurados (artigos 5º, *caput*, e 201, § 1º, da Constituição Federal), com incentivo ao enriquecimento ilícito do que postula o novo benefício. Argumenta, ainda que, na hipótese de viável a revisão, no mesmo regime, do percentual da aposentadoria proporcional, a partir do acréscimo de tempo de serviço posterior à concessão do benefício, tal deveria ocorrer com efeitos *ex tunc*, com a imposição de devolução dos valores recebidos.

No segundo **recurso extraordinário**, agitado contra o acórdão do **Superior Tribunal de Justiça**, a Autarquia afirma: (i) ofensa ao artigo 5º, inciso XXXVI, da CF; (ii) inexistência de inconstitucionalidade na previsão de contribuições sem a concessão, em contrapartida, de benefícios diretos para o contribuinte, uma vez destinadas tais contribuições ao financiamento da Seguridade Social, com fundamento nos princípios da solidariedade e universalidade consagrados nos artigos 194, *caput* e incisos V e VI, e 195, *caput* e § 5º, da CF; e (iii) afronta ao *caput* do art. 201 da CF. Defende, por fim, que permitir a desaposentação, expressamente desautorizada pelo artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91, “sem a restituição integral do sistema previdenciário ao seu status quo ante (...) importa a usurpação (...) da prerrogativa legislativa e o rompimento do equilíbrio financeiro-atuarial”.

O Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário- IBDP, a União e a Confederação Brasileira de Aposentados e Pensionistas COBAP, admitidos na qualidade de *amicus curiae*, apresentaram alegações.

O parecer do Procurador-Geral da República é no sentido do provimento de ambos os recursos extraordinários, “*de modo a se anularem o acórdão do TRF4, que concedeu a melhora da aposentadoria aos autores, e o julgado do STJ, que os dispensou de restituir ao poder público federal as quantias auferidas em razão da aposentadoria menos vantajosa*” ou, caso superada a invocada ofensa ao princípio da reserva de plenário, do desprovimento de ambos os recursos.

O Relator votou no sentido do provimento parcial do recurso para reconhecer o direito à desaposentação, condicionada à “*exigência de que*

RE 661256 / SC

sejam levados em conta os proventos já recebidos por parte do interessado” e à orientação geral de que, “no cálculo dos novos proventos, os fatores idade e expectativa de vida devem ser aferidos com referência ao momento de aquisição da primeira aposentadoria”, de modo a impedir seja deturpada a finalidade de tais fatores, qual seja, a de “graduar os benefícios segundo o tempo estimado de sua fruição por parte do segurado” .

Os Ministros Dias Toffoli e Teori Zavascki votaram pelo integral provimento aos recursos.

O **RE 827833**, de Santa Catarina, também da relatoria do Ministro ROBERTO BARROSO, foi interposto pela União, nos autos da ação ordinária em que buscou a aposentada (i) o cancelamento da aposentadoria por tempo de contribuição; (ii) a concessão de nova aposentadoria, por idade, com base na totalidade das contribuições e (iii) o pagamento de diferenças a partir de 2/7/2008. Na inicial, diz-se que, após ter sido aposentada por tempo de contribuição 30 anos 2 meses e 19 dias (1/3/1957 a 22/12/1982), a autora voltou a trabalhar e a recolher contribuições previdenciárias (16/6/1991 a 2/7/2008), pelo que faria jus a nova aposentadoria, por idade. Afirmada, ainda, indevida a devolução dos proventos recebidos porque, além de já atingida a idade mínima para a concessão da nova aposentadoria, houve contribuição para a previdência, considerados os dois períodos, por 47 anos e 4 meses.

Da **sentença de improcedência** a segurada interpôs **apelação**, oportunidade em que a Quinta Turma do **Tribunal Regional Federal da 4ª Região** suscitou incidente de arguição de inconstitucionalidade do § 2º do artigo 18 da Lei 8.213/91 perante a Corte Especial. Ao julgá-lo, a Corte Especial concluiu pela apontada inconstitucionalidade, sem redução de texto, para que *“sua aplicação seja excluída nos casos em que o segurado, desprezadas as contribuições anteriores, implementa integralmente os requisitos para a obtenção de nova aposentadoria após a primeira inativação”* (acórdão da Corte Especial, p. 153-4).

Retomado o julgamento da causa, a Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região decidiu *“solver questão de ordem para, complementando o julgamento anterior, dar provimento à apelação, nos termos*

RE 661256 / SC

do relatório (p. 244v.)", verbis :

Tendo em conta a decisão da Corte Especial (fls. 195/226), na qual o § 2º do artigo 18 da Lei 8.213/91 foi declarado inconstitucional em casos como o do presente processo, deve ser reformada a sentença que julgou improcedente o pedido, condenando o INSS a *conceder o benefício de aposentadoria por idade à autora a contar da data do requerimento administrativo, descontados os valores recebidos a título de aposentadoria por tempo de contribuição a partir de 02/07/2008.*

Eis a ementa do julgado:

QUESTÃO DE ORDEM. COMPLEMENTAÇÃO DE JULGAMENTO. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE URBANA. CÔMPUTO DE TEMPO DE SERVIÇO URBANO. DESNECESSIDADE DO PREENCHIMENTO SIMULTÂNEO DOS REQUISITOS ETÁRIO E DE CARÊNCIA. § 2º DO ARTIGO 18 DA LEI 8.213/91. NOVO IMPLEMENTO DA CARÊNCIA. MANIFESTAÇÃO DA CORTE ESPECIAL.

1. Questão de ordem solvida para complementar julgamento anterior.

2. Para a concessão de aposentadoria por idade urbana devem ser preenchidos dois requisitos: a) idade mínima (65 anos para o homem e 60 anos para a mulher) e b) carência - recolhimento mínimo de contribuições (sessenta na vigência da CLPS/84 ou no regime da LBPS, de acordo com a tabela do art. 142 da Lei n.º 8.213/91).

3. Não se exige o preenchimento simultâneo dos requisitos etário e de carência para a concessão da aposentadoria, visto que a condição essencial para tanto é o suporte contributivo correspondente. Precedentes do Egrégio STJ, devendo a carência observar a data em que completada a idade mínima.

4. O idoso que preenche o requisito carência para a obtenção de aposentadoria considerando somente o cômputo de contribuições vertidas após a obtenção de aposentadoria por

RE 661256 / SC

tempo de serviço/contribuição não pode ser discriminado pelo fato de ter contribuído; sendo a aposentadoria por idade estabelecida fundamentalmente em bases atuariais, a ele deve a lei, pena de inconstitucionalidade, reservar tratamento idêntico àquele que ingressou no RGPS mais tarde.

5. Inquestionável a natureza atuarial do requisito carência exigido para a concessão da aposentadoria urbana por idade, fere a isonomia negar o direito ao segurado que, a despeito de já aposentado, cumpre integralmente a carência após o retomo à atividade. Não tivesse ele exercido qualquer atividade anteriormente, faria jus ao benefício. Assim, não pode ser prejudicado pelo fato de, depois de aposentado, ter novamente cumprido todos os requisitos para uma nova inativação.

6. Reconhecimento da inconstitucionalidade do § 2º do artigo 18 da Lei 8.213/91, sem redução de texto, para que sua aplicação seja excluída nos casos em que o segurado, desprezadas as contribuições anteriores, implementa integralmente os requisitos para a obtenção de nova aposentadoria após a primeira inativação.

7. Tendo em conta a decisão da Corte Especial nos autos da apelação cível nº 2009.72.00.009007-2, o § 2º do artigo 18 da Lei 8.213/91 foi declarado inconstitucional em casos como o do presente processo, deve ser reformada a sentença que julgou improcedente o pedido, condenando o INSS a conceder o benefício de aposentadoria por idade à autora a contar da data do requerimento administrativo (fls. 246-246v.)

Manejados recursos especial e extraordinário pela União, este admitido pela Vice-Presidência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e aquele (Resp) julgado prejudicado, com apoio no artigo 543-C, § 7º, inciso I, do CPC, por consonante com o entendimento do STJ a decisão recorrida (fls. 301-2).

No **recurso extraordinário**, buscam-se a declaração da constitucionalidade do § 2º do artigo 18 da Lei 8.213/91 e o indeferimento do pedido, à alegação de afronta aos artigos 2º, 5º, II, XXXVI, 194, *caput* e parágrafo único, 195, *caput* e § 5º, e 201, *caput* e §§ 2º e 11, da Constituição

RE 661256 / SC

Federal.

O Relator votou pelo provimento parcial do recurso e os Ministros Teori Zavascki e Dias Toffoli, pelo seu integral provimento.

Rememorados os trâmites processuais e as principais alegações das partes, submeto meu **voto** à apreciação dos eminentes pares.

26/10/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 661.256 SANTA CATARINA

VOTO VISTA

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (Vistora):

1. Trata-se de recurso extraordinário em regime de **repercussão geral** - objeto do **Tema 503** (Conversão de aposentadoria proporcional em aposentadoria integral por meio do instituto da desaposentação) -, reconhecida nos termos da seguinte ementa:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. § 2º do ART. 18 DA LEI 8.213/91. DESAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA A BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA. UTILIZAÇÃO DO TEMPO DE SERVIÇO/CONTRIBUIÇÃO QUE FUNDAMENTOU A PRESTAÇÃO PREVIDENCIÁRIA ORIGINÁRIA. OBTENÇÃO DE BENEFÍCIO MAIS VANTAJOSO. MATÉRIA EM DISCUSSÃO NO RE 381.367, DA RELATORIA DO MINISTRO MARCO AURÉLIO. PRESENÇA DA REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL DISCUTIDA. Possui repercussão geral a questão constitucional alusiva à possibilidade de renúncia a benefício de aposentadoria, com a utilização do tempo de serviço/contribuição que fundamentou a prestação previdenciária originária para a obtenção de benefício mais vantajoso. (RE 661256 RG, Relator: Min. AYRES BRITTO, julgado em 17/11/2011, PROCESSO ELETRÔNICO Dje-de 25-04-2012, PUBLIC 26-04-2012)

2. Antes de proferir meu voto, procedo a um **breve relato** dos desdobramentos deste processo, por já não ser a composição da Corte a mesma da época em que suspenso o julgamento.

O segurado alega, na **inicial** da ação previdenciária, que, não obstante o deferimento de aposentadoria especial, em 8/10/92, após 27 anos de contribuição, "*permaneceu em atividade remunerada, promovendo as*

RE 661256 / SC

respectivas contribuições previdenciárias". Afirmou ter pretendido, em 21/9/2006, ver seu "benefício por tempo de serviço/especial cessado mediante a imediata concessão de novo benefício aposentadoria por tempo de contribuição".

Julgado improcedente o pedido, o segurado interpôs **apelação** à qual o **Tribunal Regional Federal da 4ª Região** deu parcial provimento, assentando, no dispositivo, literalmente:

(...)

Assim, a pretensão da autora merece parcial acolhida, para declarar o direito à renúncia do benefício atualmente percebido e à concessão de novo benefício, mediante a devolução dos valores recebidos em decorrência do gozo do antigo benefício.

Considerando que os efeitos são *ex tunc*, sequer há se falar em compensação futura.

Da ementa dessa decisão constou *verbis* :

1. Tratando-se a aposentadoria de um direito patrimonial, de caráter disponível, é passível de renúncia. 2. Pretendendo o segurado renunciar à aposentadoria por tempo de serviço para postular novo jubramento, com a contagem do tempo de serviço em que esteve exercendo atividade vinculada ao RGPS e concomitantemente à percepção de proventos de aposentadoria, os valores recebidos da autarquia previdenciária a título de amparo deverão ser integralmente restituídos (...).

Interposto recurso especial pela Autarquia, a **Relatora** do processo **no Superior Tribunal de Justiça** negou-lhe seguimento e, com fulcro no artigo 557, § 1º-A, do CPC, deu provimento parcial ao recurso especial do Autor, a fim de lhe assegurar "*o direito de renunciar à aposentadoria de que é titular, sem a necessidade de devolução dos valores recebidos quando em gozo desse benefício, devendo os autos retornarem ao Tribunal de origem para análise dos requisitos necessários à concessão do novo benefício postulado*" (dispositivo, p. 216).

RE 661256 / SC

Ao agravo regimental do INSS a **Quinta Turma** desse Tribunal negou provimento, ao entendimento de que *“as razões apresentadas no presente recurso em nada contribuem para modificar o entendimento firmado no decisório agravado, fundamentado que restou na sólida jurisprudência desta Corte, no sentido de que, por se tratar de direito patrimonial disponível, o segurado pode renunciar à sua aposentadoria com o propósito de obter benefício mais vantajoso, no regime geral da previdência social ou em regime próprio de previdência, mediante a utilização de seu tempo de contribuição, sendo certo, ainda, que tal renúncia não implica em devolução dos valores percebidos”* (fls. 233-4). A ementa dessa decisão foi redigida no seguinte sentido:

"PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE SOBRESTAMENTO. AUSÊNCIA DE AMPARO LEGAL. VIOLAÇÃO À CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. INEXISTÊNCIA. APRECIÇÃO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. INADMISSIBILIDADE. RENÚNCIA A BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE. DIREITO PATRIMONIAL DISPONÍVEL. DEVOLUÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS. NÃO-OBIGATORIEDADE. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Não subsiste o pleito de se determinar o sobrestamento do julgamento do presente recurso, sob a alegação de que o Supremo Tribunal Federal está apreciando a constitucionalidade do art. 18, § 2.º, da Lei n.º 8.213/91, tanto por se tratar de pedido desprovido de amparo legal, quanto pelo fato de que a Suprema Corte não está decidindo a questão em tela em sede de controle abstrato de constitucionalidade. 2. Também não prevalece a alegação de ofensa à cláusula de reserva de plenário, uma vez que a decisão hostilizada, sequer implicitamente, declarou a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. 3. A via especial, destinada à uniformização da interpretação do direito federal infraconstitucional, não se presta à análise de dispositivos da Constituição da República, ainda que para fins de prequestionamento, com o intuito de

RE 661256 / SC

interposição de recurso extraordinário. 4. **Permanece incólume o entendimento firmado no decisório agravado, no sentido de que, por se tratar de direito patrimonial disponível, o segurado pode renunciar à sua aposentadoria com o propósito de obter benefício mais vantajoso, no regime geral de previdência social ou em regime próprio de previdência, mediante a utilização de seu tempo de contribuição, sendo certo, ainda, que, tal renúncia não implica em devolução dos valores percebidos** . 5. Agravamento regimental desprovido. (destaquei)

No **recurso extraordinário** voltado **contra o acórdão do Tribunal Regional Federal**, o INSS assevera que essa decisão afronta a constitucionalidade e a imperatividade da vedação, insculpida no artigo 18, § 2º, da Lei 8.213/91, ao emprego das contribuições posteriores à aposentadoria. Afirma violação do inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal e reafirma que a desaposentação, além de ofender o princípio da solidariedade, previsto nos artigos 40, 194 e 195 da Constituição Federal, contraria a isonomia entre os segurados (artigos 5º, *caput*, e 201, § 1º, da Constituição Federal) e concorre para o enriquecimento ilícito do que postula o novo benefício. Alega que, mesmo que fosse viável o objetivo de obter a revisão, no mesmo regime, do percentual da aposentadoria proporcional, a partir do acréscimo de tempo de serviço posterior à concessão desse benefício, tal deveria ser aceito com efeitos *ex tunc*, de modo a impor a devolução dos valores recebidos.

No segundo **recurso extraordinário**, que tem como objeto o acórdão do **Superior Tribunal de Justiça**, a Autarquia também afirma ofensa ao artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal. Sustenta inexistir inconstitucionalidade na previsão de contribuições sem a concessão, em contrapartida, de benefícios diretos para o contribuinte, por se destinarem tais contribuições ao financiamento da Seguridade Social, a qual se funda nos princípios da solidariedade e universalidade, consagrados nos artigos 194, *caput* e incisos V e VI, e 195, *caput* e § 5º, da

RE 661256 / SC

Constituição Federal. Assevera afronta, ainda, ao *caput* do art. 201 da Constituição Federal . Afirma, por fim, que permitir a desaposentação, expressamente desautorizada pelo artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91, “*sem a restituição integral do sistema previdenciário ao seu status quo ante (...), importa a usurpação (...) da prerrogativa legislativa e o rompimento do equilíbrio financeiro-atuarial*”.

O Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário - IBDP, a União e a Confederação Brasileira de Aposentados e Pensionistas - COBAP, admitidos na qualidade de *amicus curiae*, apresentaram suas alegações. O IBDP postula o não provimento do recurso extraordinário, ao entendimento de que a desaposentação é possível e não pressupõe a devolução dos valores recebidos a título do benefício que se pretende cancelar, por terem sido recebidos de boa-fé, por ser *ex nunc* o efeito da decisão alusiva à troca de benefícios, bem como por inexistir norma proibitiva e o invocado desequilíbrio financeiro ou atuarial (sequências 32 e 59). A União manifesta-se pelo provimento do recurso extraordinário do INSS em face do acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, a fim de afastar o direito à desaposentação, ou, subsidiariamente, pelo acolhimento do apelo extraordinário, manejado também pela Autarquia em face do acórdão do Superior Tribunal de Justiça, de modo a ensejar a devolução dos valores recebidos pelo segurado em decorrência do antigo benefício (sequência 57). Reitera o argumento de que a manutenção da decisão implicará elevado impacto financeiro aos cofres da Previdência. A COBAP, por sua vez, requer também o não provimento do recurso do INSS e a consequente manutenção do direito à nova jubilação, como forma de fortalecimento do RGPS, porque, além de superavitário o sistema previdenciário, tal direito somente surge após o pagamento de contribuições.

3. O parecer da Procuradoria-Geral da República é no sentido do provimento de ambos os recursos extraordinários, “*de modo a se anularem o acórdão do TRF4, que concedeu a melhora da aposentadoria aos autores, e o julgado do STJ, que os dispensou de restituir ao poder público federal as quantias auferidas em razão da aposentadoria menos vantajosa*” ou, caso superada a

RE 661256 / SC

invocada ofensa ao princípio da reserva de plenário, do desprovimento de ambos os recursos.

4. O julgamento deste recurso extraordinário, interposto no aludido processo, – e daqueles veiculados no RE 381367 e no RE 827833¹ – foi suspenso na sessão de **9.10.2014**, após o eminente Relator, Ministro Luís Roberto Barroso, dar-lhe provimento parcial para reconhecer o direito à desaposentação, consoante fundamentos assim sintetizados:

Ementa: PREVIDÊNCIA SOCIAL. REGIME GERAL. POSSIBILIDADE DE DESAPOSENTAÇÃO. NORMAS APLICÁVEIS.

1. O Regime Geral da Previdência Social - RGPS, aplicável a todos os trabalhadores da iniciativa privada, é informado por mandamentos constitucionais que incluem o equilíbrio financeiro e atuarial, a isonomia entre os segurados e a justiça intergeracional. O sistema é estruturado em torno de dois vetores: a) o caráter contributivo e (b) o princípio da solidariedade.

2. A solidariedade decorre, entre outros fatores, do modelo de financiamento, que abrange não apenas as contribuições dos empregados, mas também dos empregadores, além de recursos orçamentários e outras fontes de custeio. O caráter contributivo resulta do pagamento de contribuições pelos empregados, em troca de coberturas a serem fornecidas pelo sistema, que incluem a percepção de proventos com base no tempo e no valor das contribuições.

3. Em razão do princípio da solidariedade, não se exige uma correspondência estrita entre contribuição e benefício, até porque o sistema ampara pessoas que nunca contribuíram ou contribuíram de maneira muito limitada. Por outro lado, tendo em vista o caráter contributivo do modelo, exige-se algum grau de comutatividade entre o que se recolhe e o que se recebe. Como consequência, não é legítima a cobrança feita ao

1 Nos recursos extraordinários 381367 e 827833 também se debate o Tema 503 da Repercussão Geral, embora a situação desse último seja nitidamente distinta daquela delineada neste processo e naquele primeiro (RE 661256 e RE 381367).

RE 661256 / SC

segurado sem qualquer contraprestação efetiva ou potencial.

4. A figura da desaposentação consiste na renúncia a uma primeira aposentadoria para obtenção de uma nova, em melhores condições, com utilização de contribuições posteriores, pagas em razão da volta à atividade. A Lei nº 8.213/91 - e seu art. 18, § 2º -, não cuida da desaposentação, por ter sido editada ao tempo em que as contribuições posteriores à aposentadoria eram restituídas ao segurado sob a forma de pecúlio.

5. Não sendo vedada pela legislação, a desaposentação é possível. No entanto, à falta de legislação específica e até que ela sobrevenha-, a matéria sujeita-se à incidência direta dos princípios e regras constitucionais que cuidam do sistema previdenciário. Disso resulta que os proventos recebidos na vigência do vínculo anterior precisam ser levados em conta no cálculo dos proventos no novo vínculo, sob pena de violação do princípio da isonomia e do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema.

6. Até que seja editada lei que trate da matéria, será adotado o seguinte critério: no cálculo dos novos proventos, os fatores idade e expectativa de vida devem ser aferidos com referência ao momento de aquisição da primeira aposentadoria. Tal interpretação se impõe em razão da finalidade de tais fatores à luz do sistema constitucional: graduar o valor dos benefícios em função do tempo estimado de permanência do segurado no sistema. Do contrário, o servidor desaposentado receberia benefícios por prazo muito maior do que os outros segurados com a mesma idade e o mesmo tempo de contribuição.

7. Tal solução destina-se a colmatar uma lacuna existente no sistema jurídico em relação à desaposentação. Por essa razão, somente será aplicada 180 (cento e oitenta) dias após a publicação do presente acórdão. Nesse intervalo, se os Poderes Legislativo e Executivo entenderem que devem prover diferentemente acerca da matéria, observadas as diretrizes constitucionais aqui traçadas, o ato normativo que venham a

RE 661256 / SC

editar deverá prevalecer.

8. Recursos extraordinários aos quais se dá provimento parcial, assentando-se a validade da desaposentação, observada a condição enunciada no item anterior.

Retomado o **julgamento** desses processos, em **29.10.2014**, o Ministro Teori Zavascki votou no sentido de dar integral provimento aos recursos interpostos neste RE 661256 e no RE 827833 (do INSS e da União) e negar provimento ao RE 381367 (das autoras), por compreender que, sendo estatutária a natureza do regime geral da previdência social, os direitos subjetivos são apenas aqueles previstos na Lei 8.213/91, de modo que a ausência de previsão de obtenção do benefício na lei significa a inexistência do dever de prestação por parte do INSS. Invocou ainda, nessa oportunidade, o princípio da solidariedade e o caráter contributivo da previdência, em respaldo ao entendimento de que improcedente o pedido de desaposentação.

Após o voto do Ministro Dias Toffoli, nessa mesma linha de entendimento e no sentido de que também o teor do artigo 181-B do Decreto nº 3.048/1999 inviabilizaria o pleito, pedi **vista dos autos**, devolvendo-os em 18.12.2015.

Em 15.4.2016 o Ministro Relator indeferiu o pedido do INSS, de suspensão, em todo o território nacional, dos processos que tratam do tema.

5. O cerne da controvérsia reiterada nos recursos extraordinários em exame e no RE 381367 – interpostos tais apelos contra acórdãos proferidos pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região e, no caso destes autos, também contra acórdão prolatado pelo Superior Tribunal de Justiça – reside na verificação do direito dos autores dessas ações, aposentados pelo regime geral de previdência social, à denominada desaposentação, consistente, nesses dois casos, na renúncia ao respectivo benefício e pleito de outro mais vantajoso, em que sejam levadas em conta, além das contribuições previdenciárias havidas no período anterior à aposentadoria, também aquelas recolhidas em face da permanência em

RE 661256 / SC

atividade remunerada, no período subsequente à jubilação.

Procedo à **apreciação da causa em abstrato**, expondo os fundamentos pelos quais decidi acompanhar, em linhas gerais, o voto do eminente Relator, Ministro Barroso - no sentido de dar provimento parcial aos recursos -, agregando-lhe fundamentos.

6. Faço uma **distinção** inicial, com base em doutrina especializada em Direito Previdenciário - para precisar os conceitos e melhor explicitar a minha compreensão -, entre aposentadoria e aposentação, bem como entre **desaposentação** e **reaposentação**.

Aposentação e aposentadoria encerram, conforme afirmado por defensores do instituto em debate, conotações distintas e inconfundíveis. A aposentadoria é a situação jurídica inaugurada pelo ato da aposentação, que confere ao segurado a condição de inativo². A renúncia à aposentadoria, com vistas à percepção de outra mensalidade previdenciária, é o que a doutrina, capitaneada por Wladimir Novaes Martinez, passou a nominar de “desaposentação”, no que foi acompanhada por boa parte da jurisprudência.

As definições defendidas pela doutrina e jurisprudência para desaposentação e reaposentação revelam algumas nuances.

Conceitua-a Martinez como um “*ato administrativo formal vinculado, provocado pelo interessado no desfazimento da manutenção das mensalidades da aposentadoria*”³, abrangendo, a desistência, a revisão jurídica da aposentadoria antes concedida ao segurado⁴. Diz tratar-se de uma modalidade de extinção do benefício previdenciário, de um “*ato de desconstituição do benefício mantido com vistas a nova aposentação*”⁵. Esclarece esse doutrinador que a desaposentação envolve “*I - pedido de renúncia das mensalidades do benefício; II) preservação do tempo de serviço ou de*

2 IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 19ª ed. - Niterói: Editora Impetus, 2014, p. 35.

3 MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Desaposentação*. 2a. ed. São Paulo: Ltr, 2009, p. 32.

4 Entenda-se desistência, como ressalta Martinez, como declaração oficial desconstitutiva.

5 MARTINEZ. *Desaposentação*, p. 24.

RE 661256 / SC

contribuição; III) volta ao trabalho, simples ócio ou cômputo do tempo no mesmo ou em outro regime (nova aposentação)”⁶. Insiste Martinez que a desaposentação não põe fim ao benefício em si, mas à manutenção das prestações previdenciárias, subsistindo, pois, o fundo do direito validamente reconhecido⁷. Ressalta, outrossim, que, caso a pretensão fosse a desconstituição de ato em que inobservadas as regras legais, a hipótese não seria de desaposentação, mas de anulação do ato da aposentação.

Ibrahim define a desaposentação como a possibilidade de o “segurado renunciar à aposentadoria com o propósito de obter benefício mais vantajoso”, a partir do aproveitamento do seu tempo de contribuição “em outro regime ou para novo benefício no mesmo sistema previdenciário, quando o segurado tem tempo de contribuição posterior à aposentação, em virtude da continuidade laborativa”⁸.

Ivani Contini Bramante, Procuradora do Trabalho, conceitua a desaposentação como “o desfazimento do ato administrativo concessivo do benefício previdenciário, no regime de origem, de modo a tornar possível a contagem do tempo de serviço prestado em outro regime”⁹.

A Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao decidir sobre a legitimidade ativa da viúva para renunciar à aposentadoria do de cujus e requerer outra mais benéfica, referiu-se ao conceito de desaposentação como sendo o “ato de desfazimento da aposentadoria, pela própria vontade do titular, para fins de aproveitamento do tempo de filiação para concessão de nova e

6 MARTINEZ. *Desaposentação*, p. 124.

7 MARTINEZ. *Desaposentação*, pp. 64-65. Igual entendimento é exteriorizado por SERAU JÚNIOR, Marco Aurélio. *Desaposentação*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 95 e IBRAHIM. *Curso de Direito Previdenciário*, p. 97.

8 IBRAHIM. *Curso de Direito Previdenciário*, p. 35.

9 BRAMANTE, Ivani Contini. *Desaposentação e nova aposentadoria*. Revista de Previdência Social, São Paulo, ano XXV, n. 244, março 2001, p. 150-155. Também consta do conceito de desaposentação proposto por Cunha Filho o direito ao aproveitamento do tempo de serviço prestado a um regime “em outro regime a que tenha se vinculado” (CUNHA FILHO, Roseval Rodrigues da. *Desaposentação e nova aposentadoria*. Revista de Previdência Social, ano XXVII, n. 274, setembro 2003, p. 785).

RE 661256 / SC

mais vantajosa aposentadoria”¹⁰. Esse Colegiado assentou ainda nessa decisão:

“(....) faz-se necessário destacar que o direito é personalíssimo do segurado aposentado, pois não se trata de mera revisão do benefício de aposentadoria, mas, sim, de renúncia, para que novo e posterior benefício, mais vantajoso, seja-lhe concedido. A desaposentadoria é um verdadeiro ato desconstitutivo negativo por excelência, ou seja, o titular do direito o renuncia, voluntária e unilateralmente, dando azo à suspensão do exercício daquele direito”

Nesse acórdão reportou-se o Relator ao entendimento da Primeira Seção daquela Corte superior que, à apreciação do REsp 1.334.488/SC, submetido ao rito do artigo 543-C do CPC, consolidou sua jurisprudência no sentido de que *“é possível, ao titular, renunciar à aposentadoria, a fim de obter outro benefício, ainda que no mesmo Regime, por se tratar de direito patrimonial disponível, sem necessidade de restituição dos valores percebidos*”¹¹.

Para o Ministério da Previdência Social, convencionou-se chamar de desaposentação a renúncia *“aos proventos da aposentadoria que o segurado recebe para pleitear uma outra mais vantajosa*”¹².

Consiste a **desaposentação**, pois, na abdicação da mensalidade do benefício previdenciário concedido, a fim de que outra de maior valor seja deferida, considerando-se, nesse novo benefício, tanto o tempo de serviço ou de contribuição que gerou o direito à prestação objeto de renúncia quanto o tempo subsequente à aposentação¹³, em que efetivadas

10 Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.515.929/RS, Relator Ministro Humberto Martins, julgamento em 19.5.2015, DJe de 26.5.2015.

11 Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.334.488/SC, Relator Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe de 14.5.2013.

12 Brasil. Ministério da Previdência Social.
<<http://www.previdencia.gov.br/noticias/congresso-ii-mps-e-contrario-a-desaposentacao-no-modelo-atual>>. Acesso em 4.7.2015.

13 A concessão da aposentadoria, como frisa o Min Marco Aurélio em seu voto, não extingue o contrato de trabalho, segundo assentado por este Supremo Tribunal Federal ao

RE 661256 / SC

novas contribuições ao regime.

A desaposentação não importa, cumpre destacar, em desistência do tempo de serviço ou de contribuição, até porque já incorporado esse tempo ao patrimônio jurídico do trabalhador¹⁴ e dotado, portanto, do caráter de irreversibilidade e irrenunciabilidade. De fato, ao requerer a desaposentação, busca o aposentado a utilização, no mesmo ou em outro regime, do referido tempo em prol da melhoria do seu benefício previdenciário¹⁵.

Não implica esse instituto, vale ainda dizer, renúncia ao benefício em si, *“que permanece íntegro, embora inerte; o que pretende o requerente é a sustação dos seus efeitos jurídicos (pagamento das mensalidades)”*¹⁶, vindicando o aposentado, na maioria dos casos, *“o desfazimento da manutenção do benefício (e não dos seus elementos substanciais, como o tempo de serviço)”*¹⁷.

A reaposentação, por sua vez, não se confunde com desaposentação.

Na fundamentação do mencionado recurso especial 1.334.488/ SC, representativo da controvérsia sobre o tema em debate, o Relator, Ministro Herman Benjamin, assentou ser *“possível, portanto, ao segurado pleitear a desaposentação para posterior reaposentação, computando-se os salários de contribuição posteriores à renúncia (...)”*.

Conforme José dos Santos Carvalho Filho, o segurado que renuncia facultativamente à aposentadoria tem *“direito à contagem desse tempo na atual relação de trabalho para os fins de aquisição de novo direito à aposentadoria, gerando o que tem sido denominado de reaposentação”*¹⁸.

exame do art. 453 da CLT.

14 MARTINEZ. *Desaposentação*, pp. 32 e 124.

15 Nessa quadra Martinez faz alusão a duas correntes: a) *stricto sensu*, segundo a qual a desaposentação somente deve ser acolhida se importar em elevação da renda mensal e b) *lato sensu*, para a qual o aposentado intenta tão somente uma melhoria pessoal e não material, limitando-se a renunciar ao direito que exercia (MARTINEZ. *Desaposentação*, pp. 62-63).

16 MARTINEZ. *Desaposentação*, p. 117.

17 MARTINEZ. *Desaposentação*, p. 118.

18 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27ª. ed. São Paulo: Atlas S.A. 2014, p. 735.

RE 661256 / SC

Castro e Lazzari tratam do assunto em tópico distinto da desaposentação, abordando-o como “*Reaposentação com base em novo implemento de requisitos*”, comum, no seu entender, nos casos em que “*o segurado continuar trabalhando após a aposentadoria e contribuir por mais quinze anos e, com isso, completar novo período de carência após o jubilamento*”¹⁹.

Compreendo que a **reaposentação** não decorre, a rigor, da desaposentação, como concebida pelos estudiosos. Isso porque essa depende da consideração do cômputo dos períodos de contribuição anterior e posterior à jubilação objeto de renúncia – sem o qual as exigências para a concessão de um novo benefício não são atendidas –, enquanto aquela independe do cômputo das contribuições e do tempo anterior à aposentação. Em outras palavras, na reaposentação apenas o período ulterior à aposentação é suficiente, por si só, ao preenchimento dos requisitos estabelecidos pela norma previdenciária para a outorga de benefício mais proveitoso. Essa a situação do RE 827833/SC, em que a autora da ação, depois de aposentada por tempo de serviço/contribuição em decorrência da prestação de serviços por mais de 30 anos, retornou ao trabalho e nele permaneceu por mais de 15 anos, implementando os requisitos para a aposentadoria por idade, já que tinha à época mais de 60 anos.

Assim, essa nova aposentadoria sucederá o desfazimento de benefício anteriormente concedido, ante a vedação de recebimento de mais de uma aposentadoria²⁰, mas não sucederá a desaposentação propriamente dita, que pressupõe necessariamente, consoante definição construída pela doutrina e jurisprudência, a soma dos períodos contributivos anterior e posterior à jubilação, caracterizando-se, a desaposentação, pela pretensão de tornar “*novamente disponível o tempo de contribuição ou de serviço*”²¹ considerado à concessão da aposentação.

19 CASTRO, Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 5ª ed. São Paulo: Ltr, 2013, p. 677-678. Nessa mesma linha, SERAU JÚNIOR, *Desaposentação*, p. 83-85.

20 Lei 8.213/91, artigo 124, II, com a redação dada pela Lei 9.032/95.

21 ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Comentários à Lei de*

RE 661256 / SC

Firmada essa distinção, sigo examinando o presente caso, que não consiste em reaposentação pura - como na hipótese do RE 827833 -, mas em desaposentação.

7. Importante delinear, na sequência, o **contexto histórico e político-social** em que desenvolvido o instituto em debate.

A desaposentação é gerada, segundo alguns, pela volatilidade das regras previdenciárias, decorrente das sucessivas reformas previdenciárias havidas nos últimos anos, sempre em prejuízo do trabalhador. Configura o instituto, na esteira dessa ideia, *“resposta oblíqua ou indireta à quebra de fidúcia previdenciária”* e à correlata derrocada de direitos sociais²².

As razões para reingresso do servidor público ou empregado no mercado de trabalho são variadas, sendo citadas, por Carvalho Filho, entre outras, *“sem sombra de dúvida, as de ordem financeira: com proventos insuficientes, o aposentado retorna à atividade para elevar seus rendimentos e melhorar sua condição de vida”*²³.

A propósito, consoante os quadros 4 e 12 do Boletim Estatístico da Previdência Social de julho de 2016 – referentes, tais quadros, aos benefícios concedidos e benefícios emitidos “por grandes grupos, segundo as faixas de valor” –, a maior quantidade dos benefícios do regime geral da previdência social concentra-se na faixa de valor igual a 1 piso previdenciário²⁴ e, na sequência, na faixa entre 1 e 2 pisos

Benefícios da Previdência Social. 10^a. ed. Rev. Atual. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: Esmafe, 2011, p. 227. A Juíza do Trabalho Lorena de Mello Rezende Colnago concebe igualmente a desaposentação como o desfazimento do *“ato administrativo de aposentação, com fundamento exclusivo na sua manifestação volitiva, a fim de liberar o tempo de contribuição utilizado na concessão da aposentadoria para que o mesmo possa reutilizá-lo no requerimento de concessão de nova aposentadoria em um regime mais benéfico”* (Revista de Previdência Social, São Paulo, ano XXIX, n. 301, dezembro, 2005, p. 784-802).

22 SERAU JÚNIOR. *Desaposentação*, p. 16.

23 CARVALHO FILHO. *Manual de Direito Administrativo*, p. 733.

24 Correspondente, hoje, a R\$ 880,00 (oitocentos e oitenta reais).

RE 661256 / SC

previdenciários²⁵. Corresponde aquela faixa, conforme o quadro concernente à “distribuição da quantidade de benefícios emitidos por clientela, segundo as faixas de valor (em %)”, a 53,97% da clientela urbana e 98,59% da clientela rural e essa faixa, a 21,25% e 0,53%, respectivamente²⁶.

De acordo com o quadro 11 do citado Boletim Estatístico, o valor médio das aposentadorias, considerados os benefícios emitidos²⁷ às clientelas urbana e rural, correspondeu, em julho de 2016, a R\$ 1.200,51 (um mil, duzentos reais e cinquenta e um centavos)²⁸. O quadro alusivo à “distribuição do valor de benefícios emitidos por clientela, segundo as faixas de valor (em %)” demonstra que 54,38% da clientela urbana e 99,39% da clientela rural se enquadram nas faixas de valor igual a 1 piso previdenciário e entre 1 e 2 pisos previdenciários .

Do “Resultado do Regime Geral de Previdência Social – RGPS – Julho/2016” consta expressamente, na parte alusiva à distribuição de benefícios emitidos, segundo faixas de valores, que “Cerca de 68,9% dos

25 Brasil. Ministério da Previdência Social. Secretaria de Políticas de Previdência Social. Coordenação-Geral de Estatística, Demografia e Atuária. Boletim Estatístico da Previdência Social, vol. 21, nº 07. Disponível em: http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2016/09/beps_16.07.pdf. Acesso em 28.9.2016.

26 Disponível em: http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2016/09/beps_16.07.pdf. Acesso em 28.9.2016.

27 Importante registrar que benefícios concedidos não se confundem com benefícios emitidos. “Benefício concedido é aquele cujo requerimento - apresentado pelo segurado, ou seus dependentes, junto à Previdência Social - é analisado e deferido, desde que o requerente preencha todos os requisitos necessários à espécie do benefício solicitado, e liberado para pagamento. A concessão corresponde, portanto, ao fluxo de entrada de novos benefícios no sistema previdenciário.” Benefícios emitidos correspondem “aos créditos emitidos para pagamento de benefícios, ou seja, são benefícios de prestação continuada que se encontram ativos no cadastro e para os quais são encaminhados créditos junto à rede pagadora de benefícios”. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2016/07/AEPS-2014.pdf>. Acesso em 28.9.2016.

28 Considerados isoladamente, os valores médios dos benefícios urbanos e rurais corresponderam a R\$ 1.431,80 e R\$ 789,53, respectivamente. Boletim Estatístico da Previdência Social, vol. 21, nº 07. Disponível em: http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2016/09/beps_16.07.pdf. Acesso em 28.9.2016.

RE 661256 / SC

benefícios pagos pelo INSS em Julho/2016 possuíam o valor de até um salário mínimo”, assentado, outrossim, que “O valor médio real dos benefícios da Previdência Social atingiu R\$ 1.182,55, na média de janeiro e julho de 2016”²⁹.

Ressalte-se que, mesmo o valor médio, aferido em julho de 2016, dos benefícios do grupo Aposentadoria por Tempo de Contribuição – cujos beneficiários teriam, segundo a Nota Técnica nº 14/2015 CGEDA/DRGPS/SPPS/MPS, “maiores oportunidades de se aproveitar da *desaposentação*” (peça 104) e seriam, majoritariamente, trabalhadores melhor qualificados e com maior rendimento³⁰ –, de R\$ 1.818,55 (um mil, oitocentos e dezoito reais e cinquenta e cinco centavos)³¹, permanece bem aquém do teto do salário de benefício (e do salário de contribuição), que passou, em janeiro de 2016, para R\$ 5.189,82³².

Essa média de valor de proventos reflete a média salarial daqueles que se aposentaram e explica um pouco o retorno do aposentado ao mercado de trabalho ou a manutenção nesse. De fato, em função dessa média salarial, muitos trabalhadores requerem aposentadoria vislumbrando a possibilidade de agregar os futuros proventos à remuneração - mantida ante a permanência na atividade laboral -, com o fim último de manter uma existência minimamente digna. A maioria dos aposentados, por sua vez, voltam ao mercado de trabalho para fazer frente às dificuldades decorrentes da cobertura dos gastos familiares ou individuais básicos.

Para Nery, segurados que pedem a *desaposentação* consideram o

29 Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/a-previdencia/politicas-de-previdencia-social/resultados-do-rgps/>>. Acesso em 28.9.2016.

30 Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/195344/Texto84.pdf?sequence=4>. Acesso em 07.10.2016.

31 Boletim Estatístico da Previdência Social, vol. 21, nº 07. Disponível em: http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2016/09/beps_16.07.pdf. Acesso em 28.9.2016.

32 Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/2016/01/beneficios-indice-de-reajuste-para-segurados-que-recebem-acima-do-minimo-e-de-1128-em-2016> . Acesso em 28.9.2016.

RE 661256 / SC

valor dos benefícios insatisfatórios, “mas isso decorre da própria situação econômica do país, que ainda está longe de ser considerado um país com renda média alta. Em geral, a renda desses beneficiários já não podia ser considerada satisfatória quando estavam na ativa, e o valor da aposentadoria reflete esse quadro”³³.

Em sua dissertação, Noa Gnata assevera que “mais de 70% dos beneficiários da Previdência Social, em regra, não tiveram condições de acumular capital que gerasse renda para usufruto na terceira idade”³⁴. Esse mestre em Direito do Trabalho e Seguridade Social destaca, ainda, em trabalho orientado por Jorge Luiz Souto Maior, que semelhante percentual de beneficiários recebe benefícios no valor equivalente ao salário mínimo³⁵, sendo inequívoca, nesse contexto, a condição de hipossuficiência dessa parcela da população.

Importante dizer que, independentemente do valor da prestação previdenciária, há aposentados que decidem voltar ao trabalho em face da inadaptação ao ócio, das situações penosas decorrentes do alheamento do convívio social e até da percepção de si mesmos como jubilados, o que também justifica o reingresso ao mercado de trabalho. A desconsideração dessas circunstâncias sociais pode, sabemos, redundar em aumento de gastos em outro tripé da seguridade social: a saúde.

A par desses fatores, o regresso do aposentado ao trabalho é determinado também pela possibilidade de aposentadoria precoce, inequívoca distorção do sistema, à medida que permite o retorno do aposentado ao trabalho, quando deveria ele, pela lógica previdenciária, manter-se à margem da vida laboral, usufruindo o prêmio pelos anos a

33 NERY, Pedro Fernando. *A decisão de R\$ 70 bilhões: sobre constitucionalidade, ausência de omissão legislativa e riscos fiscais da desaposentadoria*. Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado. Brasília: outubro/2014 (Boletim do Legislativo nº 15, de 2014). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em: 13.9.2015.

34 GNATA, Noa Piata Bassfeld. *Refundando a solidariedade social no direito previdenciário*. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-09122014-134818/pt-br.php>. Acesso em 3.8.2015.

35 GNATA. *Refundando a solidariedade social no direito previdenciário*. Em idêntico sentido, CASTRO e LAZZARI. *Manual de Direito Previdenciário*, pp. 146-147.

RE 661256 / SC

essa dedicados.

Segundo Castro e Lazzari, apenas seis países, além do Brasil, concedem aposentadoria com base apenas no tempo de contribuição (antes tempo de serviço) independentemente de idade mínima: Benin, Egito, Equador, Irã, Iraque e Kuwait. Referem esses autores, ainda, que, em outros países nos quais condicionada originariamente a aposentadoria ao atingimento de idade, o limite mínimo respectivo vem sendo elevado gradualmente para manter a sustentabilidade do sistema. Conforme análise do economista Reinhold Stephanes, referida pelos citados doutrinadores, *“o Brasil é o único que não condiciona o deferimento da aposentadoria por tempo de contribuição à cessação da atividade laborativa”*³⁶. Em face da viabilidade de aposentadoria sem atendimento de requisito etário, o Consultor Legislativo do Núcleo de Economia do Senado Federal, Pedro Fernando Nery, afirma que o nosso país, comparado ao Irã, Iraque e Equador, pode ser considerado o mais generoso nas condições de elegibilidade para concessão do benefício. Acrescenta, a par do fundamento já citado, que esses países somente concedem a aposentadoria caso o segurado efetivamente pare de trabalhar, sendo que esse último país exige um mínimo de 40 anos de contribuições³⁷.

Sobre as referidas incoerências, consistentes na admissibilidade da continuidade da vida laboral posteriormente à aposentação e na ausência de estipulação, no regime geral de previdência, de idade mínima para aposentação, vale discorrer um pouco.

Afirmou-se, na década de 90 - ao início dos debates sobre a necessidade de reforma do sistema previdenciário -, que os problemas que vinham desencadeando o desequilíbrio do sistema eram estruturais, conjunturais e gerenciais. Esses foram identificados com a gestão ineficiente, precária e burocratizada que redundou em *“altos custos operacionais e no elevado número de fraudes e de sonegação”*³⁸. Entre os

36 CASTRO e LAZZARI. *Manual de Direito Previdenciário*, p. 1097-1098.

37 NERY. *A decisão de R\$ 70 bilhões: sobre constitucionalidade, ausência de omissão legislativa e riscos fiscais da desaposentadoria*.

38 MARQUES, Rosa Maria; BATICH, Mariana; MENDES, Áquilas. *Previdência Social Brasileira: Um balanço da reforma*. 2003. Disponível em:

RE 661256 / SC

estruturais sobressaiu a baixa relação entre contribuintes e segurados, gerada, de um lado, pelas transformações na estrutura demográfica do Brasil - marcadas pelo crescente aumento da expectativa de vida da população - e, de outro lado, pela queda da taxa de crescimento da população devido à diminuição da taxa de fecundidade. Essa baixa relação acentua-se, no dizer da Socióloga Mariana Batich e dos Professores de Economia Rosa Maria Marques e Áquilas Mendes, quando ocorrem a elevação crescente da expectativa de sobrevida da população e a redução do número de trabalhadores ativos, bem como, no caso brasileiro, também a redução de empregados com carteira assinada e a ampliação do mercado informal de trabalho³⁹. Já entre os problemas conjunturais, o mais evidente foi o *“baixo crescimento das contribuições previdenciárias e o aumento das despesas com benefícios”*⁴⁰.

A fim de minimizar os problemas verificados, que concorriam, conforme esses autores, para o desequilíbrio das contas previdenciárias, foi aprovada a Emenda nº 20/98, que trouxe mudanças importantes para o sistema previdenciário público, sem imposição, todavia, de idade mínima para aposentadoria no regime geral, nos moldes propostos originalmente.

Não aprovada a idade mínima como regra no regime geral, foi implementado, mediante a Lei 9.876/99, o denominado “fator previdenciário”, com o fito de retardar a aposentadoria e aliviar a pressão sobre a previdência social, o que, segundo alguns especialistas, não foi alcançado, uma vez que *“as aposentadorias continuam se dando em idades baixas, inclusive permitindo que muitos aposentados permaneçam trabalhando”*⁴¹. Pela citada fórmula considera-se, além do tempo de contribuição, a idade na data da aquisição do direito à aposentadoria e a

<http://www.scielo.br/pdf/spp/v17n1/v17n1a10.pdf>. Acesso em 18.9.2015, p. 114.

39 MARQUES, BATICH e MENDES. *Previdência Social Brasileira: Um balanço da reforma*, p. 114.

40 MARQUES, BATICH e MENDES. *Previdência Social Brasileira: Um balanço da reforma*, p. 115.

41 NERY. *A decisão de R\$ 70 bilhões: sobre constitucionalidade, ausência de omissão legislativa e riscos fiscais da desaposentadoria*.

RE 661256 / SC

expectativa de sobrevida A partir dessa idade, com base no indicador médio previsto na tábua de mortalidade do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, calculada anualmente⁴². Visou esse redutor do valor do benefício, aplicável à aposentadoria por tempo de contribuição - que substituiu a aposentadoria por tempo de serviço -, a incentivar a permanência do trabalhador em atividade, *“mediante uma modalidade de cálculo em que o benefício é diminuído caso ele seja jovem ou tenha pouco tempo de contribuição, mas que aumenta à medida que a concessão da aposentadoria é adiada”* (Dieese, 2001:252)⁴³.

Ante a estimativa de crescimento das despesas da Previdência Social, em decorrência da aceleração do processo de envelhecimento populacional, o Poder Executivo encaminhou, juntamente com a EMI nº 00023/2014 MPS MF MP, a Medida Provisória nº 664, de 30 de dezembro de 2014, com vistas aos *“ajustes necessários nos benefícios da pensão por morte e auxílio-doença no âmbito do Regime Geral de Previdência Social”*.

Ao debate do Projeto de Lei de Conversão dessa Medida Provisória (PLC nº 4, de 2015), o Poder Legislativo inseriu alterações às regras do fator previdenciário (Lei nº 8.213/1991)⁴⁴, flexibilizando a incidência desse redutor.

Tais modificações foram vetadas pela ex-Presidenta Dilma Rousseff, ao arrazoado de que a alteração, nesse particular, *“não acompanha a transição demográfica brasileira e traz risco ao equilíbrio financeiro e atuarial da previdência social, tratado pelo art. 201 da Constituição”*. Como alternativa à proposta do Congresso Nacional, o Governo se comprometeu a editar Medida Provisória *“para enfrentar a questão de modo a preservar a*

42 Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos - DIEESE. Nota Técnica nº 130, 2013. Fator Previdenciário: por que mudar? Disponível em: <http://www.dieese.org.br/notatecnica/2013/notaTec130fatorPrevidenciario.pdf>. Acesso em 25.8.2015.

43 MARQUES, BATICH e MENDES. *Previdência Social Brasileira: Um balanço da reforma*, p. 116.

44 Inseriram-se, pelo art. 1º do projeto de lei de conversão, os §§ 11 a 13 no art. 29 da Lei nº 8.213/1991.

RE 661256 / SC

sustentabilidade da Previdência Social”⁴⁵.

O Poder Executivo encaminhou, então, à Câmara dos Deputados, subsequentemente, a Medida Provisória nº 676/2015, convertida na Lei 13.183, de 4 de novembro de 2015, que dispõe sobre a “Regra 85/95 Progressiva”. Por essa nova regra, considera-se, para o cálculo das aposentadorias, a soma da idade e do tempo de contribuição do segurado, majorada tal soma, progressivamente, nas datas estabelecidas no § 2º do artigo 29-C da citada Lei⁴⁶. Atingidos os pontos necessários – preenchido sempre o requisito tempo de contribuição –, torna-se possível o recebimento do benefício integral, sem aplicação do fator previdenciário e, conseqüentemente, sem a redução no valor do benefício. A inserção da progressividade à fórmula teve como escopo permitir o ajuste dos pontos necessários à obtenção da aposentadoria, conforme a expectativa de sobrevida da população⁴⁷.

Alternativa ao fator previdenciário já começou a ser debatida em Fórum criado, em 2015, pelo Governo⁴⁸, para que, a partir de propostas de representantes do setor público, do empresariado, dos trabalhadores e dos aposentados, seja alcançada solução viabilizadora de políticas mais amplas, planejadas e de longo prazo, hábeis a garantir a sustentabilidade

45 Mensagem nº 213, de 17 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Msg/VEP-213.html>. Acesso em 29.9.2016.

46 Art. 29-C. O segurado que preencher o requisito para a aposentadoria por tempo de contribuição poderá optar pela não incidência do fator previdenciário no cálculo de sua aposentadoria, quando o total resultante da soma de sua idade e de seu tempo de contribuição, incluídas as frações, na data de requerimento da aposentadoria, for: I - igual ou superior a noventa e cinco pontos, se homem, observando o tempo mínimo de contribuição de trinta e cinco anos; ou II - igual ou superior a oitenta e cinco pontos, se mulher, observado o tempo mínimo de contribuição de trinta anos.”

47 Brasil. Ministério da Previdência Social. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/2015/06/servico-novas-regras-para-aposentadoria-por-tempo-de-contribuicao-ja-estao-em-vigor/>. Acesso em 24.8.2015.

48 Foi instituído por meio do Decreto nº 8.443, de 30 de abril de 2015, o Fórum de Debates sobre Políticas de Emprego, Trabalho e Renda e de Previdência Social com o objetivo de avaliar e propor aperfeiçoamentos a tais políticas.

RE 661256 / SC

da previdência social brasileira⁴⁹ nesse cenário de evolução demográfica.

Também importante mencionar, neste esboço histórico, a inclusão, por ocasião da aprovação, pela Câmara dos Deputados, do Projeto de Lei de Conversão da citada Medida Provisória nº 676/2015 (PLC nº 15 de 2015), de regras sobre a desaposentação, *verbis*:

“Art. 6º A Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, passa a vigorar com as seguintes alterações:

‘Art. 18.

.....

§ 2º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social que permanecer em atividade sujeita a esse Regime, ou a ele retornar, não fará jus a outra aposentadoria desse Regime em consequência do exercício dessa atividade, sendo-lhe assegurado, no entanto, o recálculo de sua aposentadoria tomando-se por base todo o período contributivo e o valor dos seus salários de contribuição, respeitando-se o teto máximo pago aos beneficiários do RGPS, de forma a assegurar-lhe a opção pelo valor da renda mensal que for mais vantajosa.

§ 2º-A São também assegurados ao aposentado pelo Regime Geral da Previdência Social que permanecer em atividade nesse Regime, ou ao que a ela retornar, os seguintes benefícios e serviços, observadas as condições e os critérios de concessão previstos nesta Lei:

I - auxílio-doença;

II - auxílio-acidente;

III - serviço social; e

IV - reabilitação profissional.

.....’ (NR)

‘Art. 25.

§ 1º

§ 2º Para requerer o recálculo da renda mensal da aposentadoria, previsto no § 2º do art. 18 desta Lei, o

⁴⁹ Brasil. Blog do Planalto – Presidência da República. Disponível em: <http://blog.planalto.gov.br/assunto/fator-previdenciario/>. Acesso em 3.8.2015.

RE 661256 / SC

beneficiário deverá comprovar um período de carência correspondente a, no mínimo, sessenta novas contribuições mensais.’ (NR)

‘Art. 28-A. O recálculo da renda mensal do benefício do aposentado do Regime Geral de Previdência Social, previsto no § 2º do art. 18 desta Lei, terá como base o salário de benefício calculado na forma dos arts. 29 e 29-B desta Lei.

§ 1º Não será admitido recálculo do valor da renda mensal do benefício para segurado aposentado por invalidez.

§ 2º Para o segurado que tenha obtido aposentadoria especial, não será admitido o recálculo com base em tempo e salário de contribuição decorrente do exercício de atividade prejudicial à saúde ou à integridade física.

§ 3º O recálculo do valor da renda mensal do benefício limitar-se-á ao cômputo de tempo de contribuição e salários adicionais, não sendo admitida mudança na categoria do benefício previamente solicitado.’

‘Art. 54.

§ 1º Os aposentados por tempo de contribuição, especial e por idade do Regime Geral de Previdência Social poderão, a qualquer tempo, ressalvado o período de carência previsto no § 2º do art. 25 desta Lei, renunciar ao benefício, ficando assegurada a contagem do tempo de contribuição que serviu de base para a concessão do benefício.

§ 2º Na hipótese prevista no § 1º deste artigo, não serão devolvidos à Previdência Social os valores mensais percebidos enquanto vigente a aposentadoria inicialmente concedida.’ (NR)

‘Art. 96.

.....

III - não será contado por um regime previdenciário o tempo de contribuição utilizado para fins de aposentadoria concedida por outro, salvo na hipótese de renúncia ao benefício, prevista no § 1º do art. 54 desta Lei.

.....’ (NR)”

Tais alterações, mantidas pelo Senado, consubstanciaram nova

RE 661256 / SC

tentativa legislativa de incluir no ordenamento jurídico dispositivos alusivos à desaposentação, vetadas, contudo, aos seguintes fundamentos:

“As alterações introduziriam no ordenamento jurídico a chamada ‘desaposentação’, que contraria os pilares do sistema previdenciário brasileiro, cujo financiamento é intergeracional e adota o regime de repartição simples. A alteração resultaria, ainda, na possibilidade de cumulação de aposentadoria com outros benefícios de forma injustificada, além de conflitar com o disposto no § 1º, do art. 86 da própria Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.”

O Congresso Nacional manteve o veto presidencial aos dispositivos disciplinadores da desaposentação, retrocitados, após defesa do deputado Afonso Florence (PT-BA) pela manutenção do veto, “como uma forma de colaborar com o rigor fiscal”, e discurso do deputado Arnaldo Faria de Sá (PTB-SP), no sentido da sua derrubada, ao argumento, entre outros, de que “várias decisões foram dadas na Justiça em favor dos aposentados que retornaram ao trabalho”⁵⁰.

Tramita, ainda, no Congresso Nacional mais de uma dezena de Projetos de Lei versando sobre o tema.

Na Câmara dos Deputados destaca-se o Projeto de Lei nº 2.567/2011 (PLS 72/2011), ao qual se encontram apensados os Projetos de Lei nºs 5.668/2009, 2.675/2011, 3541/2015, 3.884/2015 e 5.080/2016, que estão sendo apreciados conjuntamente. A esses, por sua vez, foram apensados outros vários projetos sobre o tema. Em 11.07.2016, o Parecer do Relator, Deputado Sóstenes Cavalcante, na Comissão de Seguridade Social e Família (CSSF), foi pela aprovação daquele Projeto principal e dos projetos a esse apensados (à exceção dos PL's nºs 2.675/2011, 2.687/2011, 5.396/2013, 3.884/2015 e 4.862/2016, que foram rejeitados⁵¹). Estabelece a

50 Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/12/15/congresso-mantem-veto-a-projeto-que-altera-formula-para-aposentadoria> . Acesso em 30.9.2016.

51 Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=524763>. Acesso em 30.9.2016.

RE 661256 / SC

proposta aprovada, substitutiva do PL 2.567/2011, “além do acúmulo de benefícios, o recálculo e a renúncia das aposentadorias com o reconhecimento das contribuições posteriores à concessão do benefício”⁵².

No Senado Federal destaca-se o Projeto de Lei do Senado nº 91/2010, que aguarda inclusão, em ordem do dia⁵³, dos requerimentos de desapensamento de projetos correlatos que tramitam em conjunto, e o Projeto de Lei do Senado nº 172/2014, que aguarda leitura de requerimento, “solicitando a tramitação em conjunto dos Projetos de Lei do Senado nºs 345 e 511 de 2007; 170, de 2008; 89 e 158 de 2010; 663, de 2011, com os Projetos de Lei do Senado nºs 36 e 565, de 2011; 77, 264 e 361, de 2012; 20, 162, 170, 208, 319, 383, 408, 474, 488, 490, 491, 539 e 558, de 2013; 97, 172, 285, 287, 303 e 308, de 2014; 3 e 196, de 2015; e com o Projeto de Lei da Câmara nº 133, de 2011”.

8. Tecidas essas considerações, enfrente os óbices nucleares opostos à desaposentação, a começar pela natureza jurídica estatutária do RGPS, e não contratual, e seus consequentes reflexos.

8.1 Sem dúvida a natureza do regime geral da previdência social é estatutária, revestindo-se de caráter cogente a norma previdenciária respectiva, uma vez que compulsória a filiação do segurado, à margem da sua volição. Os regimes básicos de previdência social não têm, assim, gênese contratual, estando sua legislação “intimamente ligada à estrutura do Estado e dos direitos do indivíduo, como meio de assegurar a paz social”⁵⁴.

Na mesma linha de entendimento, Ibrahim assevera que a natureza dos regimes geral e próprios é institucional ou estatutária, porque “o Estado, por meio de lei, utiliza-se de seu Poder de Império e cria a figura da vinculação automática ao sistema previdenciário, independente da vontade do

52 Disponível em: http://www.diap.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=22122:propostas-que-vao-alem-da-desaposentacao. Acesso em 30.9.2016.

53 Até a data em que proferido este voto.

54 HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Direito Previdenciário*. 7ª.ed. São Paulo. Quartier Latin: 2008, p. 111-112.

RE 661256 / SC

*beneficiário*⁵⁵. Acrescenta esse autor que a obrigatoriedade de filiação ao regime geral da previdência social é norma de ordem pública, insuscetível de ser afastada pelo interesse do segurado, imposta, em especial, ante a “*conhecida miopia individual*” - consistente na pouca atenção da população mais jovem com o futuro⁵⁶ - e, conforme Horvath Jr., também em face da frouxidão da consciência coletiva própria das sociedades⁵⁷.

Conquanto correta a compreensão quanto à natureza estatutária do regime geral da previdência social, esse entendimento não tem o condão, apenas por si, de inviabilizar o reconhecimento do direito postulado na hipótese.

É inequívoca, consoante lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, a distinção entre as consequências jurídicas resultantes da alocação das pessoas nas situações gerais e nas individuais⁵⁸, sendo diversos os atos que produzem aquelas e essas, os conteúdos e o alcance de ambas, bem como tangíveis as primeiras, conforme alteração das normas que as disciplinam, e imutáveis as segundas, salvo pela vontade das partes.

Partindo igualmente das diferenças existentes entre ambas as situações jurídicas, concluo em sentido oposto àquele perfilhado no voto divergente, interpretando de modo diverso o ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello – precedido no Brasil por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello – acerca da classificação das situações jurídicas apresentada por Léon Duguit, jurista francês.

A fim de aclarar melhor minha compreensão, invoco a referida doutrina, transcrevendo-a na fração de interesse:

"2. Como bem o diz Laubadère, denomina-se situação jurídica o conjunto de direitos e obrigações de que uma pessoa pode ser titular. As situações jurídicas, basicamente, comportam

55 IBRAHIM. *Curso de Direito Previdenciário*, p. 29.

56 IBRAHIM. *Curso de Direito Previdenciário*, p. 30.

57 HORVATH JÚNIOR. *Direito Previdenciário*, p. 61.

58 Produzidas, respectivamente, pelas leis, estatutos, regimentos (gerais) e pelo contrato (individuais).

RE 661256 / SC

dois tipos:

a) situações gerais e impessoais, às vezes denominadas estatutárias ou objetivas, cujo conteúdo, segundo o citado mestre, é necessariamente o mesmo para todos os indivíduos que delas são titulares, pois tal conteúdo é determinado por disposição geral. São também chamadas de situações legais ou regulamentares. Exemplifica com os direitos e obrigações da mulher casada, do menor, dos titulares de competências;

b) situações individuais ou subjetivas, cujo conteúdo é individualmente determinado e pode variar de um para outro titular. É o caso da situação de um credor, de um devedor, de um locatário, em que o conteúdo da situação é específico para cada qual. Modela-se pelo ato individual (e não por via geral, como no caso anterior). O ato individual (ato subjetivo), ao mesmo tempo que cria a situação jurídica, investe nela o indivíduo.

3. (...)

4. A utilidade principal da distinção a que se acaba de aludir concerne precisamente — acentua Laubadère — ao problema da modificabilidade das situações jurídicas: *Enquanto nas situações gerais as alterações se aplicam de plano, alcançando os que nelas estão investidos*, as situações individuais e subjetivas permanecem intangíveis, intactas. E conclui: "Vê-se que a distinção fornece o critério técnico para solução de problema da aplicação da não-retroatividade das leis."

5. (...)

Entre nós, o Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello também faz ampla e completa exposição do tema. A respeito averbou:

‘As situações estatutárias se estendem a número indeterminado de sujeitos e são mutáveis segundo a alteração das regras jurídicas que a regulam. Já as situações individuais se referem apenas a especificados sujeitos, de modo determinado, e são inalteráveis por terceiros ou por uma das partes sem a concordância da outra, obedientes às regras que permitiram a sua criação.’

RE 661256 / SC

6. Em suma: o plexo de direitos e deveres dos indivíduos tanto pode consistir em situações gerais (ditas também estatutárias, legais, regulamentares ou objetivas) como em situações individuais, subjetivas, pessoais.

As situações gerais são produzidas por atos correspondentes ou seja, atos que têm materialmente o alcance de criar disposições gerais e abstratas. Tais atos denominam-se atos-regra. A lei, o regulamento, estatutos, regimentos, convenções coletivas de trabalho são atos-regra.

As situações subjetivas são produzidas por atos correlatos, é dizer, cujo alcance material restringe-se ao produtor ou aos produtores deles. Tais atos são chamados de atos subjetivos. Seu modelo característico é o contrato. Cifram-se a regular relações específicas do ou dos intervenientes no ato. Por meio deles os sujeitos delineiam uma específica relação jurídica, desenhando-lhes a figura com o empenho de suas vontades. É o que sucede entre os contratantes que acordam numa *dada* compra e venda (relativa tão-só a eles) , numa *certa* hipoteca, em *determinado* mútuo. O mesmo ocorre na doação de *certo* bem.

7. A aplicação das situações gerais aos indivíduos depende da ocorrência de algum *fato* ou de algum *ato* distinto daquele que as gerou. Pelo contrário, nas situações subjetivas o ato criador delas *ipso facto* investe o sujeito (ou sujeitos) nas situações que produziu.

Assim, para que alguém se veja incluído em uma situação geral cumpre que ocorra algum evento previsto como deflagrador do plexo de regras jurídicas que a compõe. Este evento é que incorporará ao sujeito a situação geral. Tal evento pode ser um ato ou um fato.

8. Os atos que investem alguém em uma situação jurídica geral denominam-se **atos-condição**. Consistem em condição para que se desencadeie o conjunto de direitos e deveres que perfazem a situação jurídica de alguém. Por meio deles não se cria direito novo — ao contrário do ato subjetivo; apenas implementa-se o necessário a fim de que um quadro normativo

RE 661256 / SC

já existente passe a vigorar em relação ao sujeito ou aos sujeitos que nele se vêm incluir.

Seu alcance material é precisamente este: **inserir alguém no campo de incidência de um ato geral (ato-regra). O ato-condição não cria situação subjetiva: tão-só determina a incidência de uma situação geral e objetiva sobre alguém que destarte ingressa em regime comum aos demais indivíduos colhidos por esta situação geral.** Por exemplo: o *ato* de aceitar cargo público acarreta a inserção do sujeito na situação jurídica geral de funcionário; situação que é a mesma para os funcionários em geral. O *ato* de se casar acarreta para os que se convertem em cônjuges suas inserções no correlato *status* jurídico de casados, vale dizer, na situação jurídica geral comum a todas as pessoas casadas, sujeitas ao mesmo quadro de direitos e obrigações. São atos-condição.

9. A inclusão de alguém em uma situação geral pode também resultar de um fato que operará como condição para que se desencadeiem as regras que a delineiam» Assim, o *fato* de uma pessoa auferir certo montante de renda faz com que se concretize para ela a situação — que é disciplinada de modo geral — de contribuinte do imposto de renda. O *fato* de um jovem completar certa idade, determina para ele a particularização da situação jurídica geral, própria dos obrigados à prestação de serviço militar.

10. Nota-se a profunda diferença entre as situações gerais e as situações individuais. Intuitivamente percebe-se a imediata alterabilidade das primeiras e a intangibilidade das segundas. Basta recordar as hipóteses prefiguradas exemplificativamente.

(....)

- É nítido o *discrímen* entre ambas as espécies de situações jurídicas e igualmente nítida a imediata aplicação das modificações que incidam sobre as situações gerais, ao contrário do que se passa com as subjetivas. (...)"⁵⁹.

RE 661256 / SC

Consoante essa abalizada doutrina, denomina-se situação jurídica “o conjunto de direitos e obrigações de que uma pessoa pode ser titular”⁶⁰, podendo, tal situação, ser, de um lado, geral, impessoal, regulamentar, estatutária ou objetiva - se determinado seu conteúdo por disposição geral - ou, de outro lado, individual, pessoal ou subjetiva, se determinado contratualmente seu conteúdo. Assim, esse plexo de direitos e deveres tanto pode consistir em situações objetivas (desencadeadas por normas gerais e abstratas, tais como leis e estatutos) quanto em situações subjetivas (produzidas por atos de vontade como os contratos).

Ao revés das situações individuais, em que um mesmo ato cria e investe as pessoas em certa situação jurídica (subjetiva), nas situações gerais um ato (ato-regra)⁶¹ cria a situação jurídica (objetiva) que valerá para todos aqueles que forem investidos, por um ato-condição⁶², na esfera de incidência daquele ato geral. A materialização do conjunto de direitos e obrigações depende, pois, nas situações estatutárias, de evento “deflagrador do plexo de regras jurídicas”, suficiente a incorporar a essas situações os indivíduos.

Aplicando a situações semelhantes à ora debatida a referida classificação, tem-se que o recolhimento de contribuição previdenciária, em razão do exercício, após a jubilação, de atividade sujeita ao regime geral de previdência, constitui o ato-condição que reinsere o aposentado na situação jurídica objetiva e geral própria de todos os outros trabalhadores que, em face do exercício de atividade nos aludidos moldes, têm a obrigação de contribuir para a previdência social. A superveniência desse ato-condição incorpora, pois, esses inativos, automática e concretamente, na situação geral e estatutária produzida

60 MELLO. *Ato administrativo e direitos dos administrados*, p. 106.

61 Enquadram-se como atos-regra a doutrina a lei, o regulamento, o estatuto, os regimentos e as convenções coletivas de trabalho (MELLO. *Ato administrativo e direitos dos administrados*, p. 108).

62 Os atos-condição “investem alguém em uma situação jurídica geral”, constituindo premissa para que se desencadeie o conjunto de direitos e deveres que perfazem a situação jurídica de alguém (MELLO. *Ato administrativo e direitos dos administrados*, p. 109).

RE 661256 / SC

pelos atos-regra incidentes a um número indeterminado de sujeitos nessa mesma situação abrangidos⁶³.

Assim, o restabelecimento da atividade remunerada – e o consequente recolhimento, por força de lei, de contribuições previdenciárias – seria o que Bandeira de Mello denomina de *“evento deflagrador do plexo de regras jurídicas”*, hábil a promover a reinserção dos trabalhadores egressos da inatividade na situação objetiva em que enquadrados os demais trabalhadores, dos quais também é exigida essa contribuição, bem como capaz, outrossim, de implementar, para aquelas pessoas, o necessário a lhes fazer vigorar o “quadro normativo” a todo esse grupo imposto.

Investidos aqueles trabalhadores, portanto, na situação geral composta pelas normas previdenciárias que disciplinam os direitos e deveres nessa seara, de segurados obrigatórios, resulta autorizada a incidência não apenas das obrigações, mas também dos direitos emanados do “quadro normativo” gerador das situações jurídicas a que se submetem trabalhadores em igual circunstância, entre os quais o direito de ser beneficiário desse regime geral da previdência social⁶⁴.

Confirma o quanto dito, no particular, lição de Feijó Coimbra, segundo a qual a regra previdenciária de amparo apenas confere *“certos direitos a pessoas que, em razão de outra regra, e por estarem em determinadas situações jurídicas, são integradas em um elenco de sujeitos que, conforme o que venha a ocorrer no mundo dos fatos, poderão ser, ou não, titulares do direito à prestação”*⁶⁵.

Importante enfatizar, ao reconhecimento da notabilidade da doutrina explanada na obra de Bandeira de Mello, que sua utilidade, no presente caso, restringe-se à classificação das situações jurídicas, não se estendendo às questões da intangibilidade ou mutabilidade dos fatos e situações perante lei superveniente, porquanto a presente demanda não

63 MELLO. *Ato administrativo e direitos dos administrados*, pp. 107-109 e 119.

64 Conforme o artigo 10 da Lei 8.213/91, “Os beneficiários do Regime geral de Previdência Social classificam-se como segurados e dependentes”.

65 COIMBRA, J.R. Feijó. *Direito Previdenciário Brasileiro*. 10ª ed. – Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1999, p. 12.

RE 661256 / SC

pressupõe solução envolvendo a aplicação da lei no tempo, não sendo essa, a meu juízo, a controvérsia empreendida nestes autos. Com efeito, é mencionado, à explanação, na referida obra, da “teoria da irretroatividade dos comandos normativos gerais e abstratos”, que a utilidade principal da distinção entre as situações jurídicas é o oferecimento de “*critério técnico para solução de problema da aplicação da não-retroatividade das leis*”⁶⁶, a depender de a superveniência de um novo ato geral recair sobre fatos e situações que surgiram no passado e tiveram seus efeitos exauridos também no passado, ou que simplesmente se consumaram juridicamente, ou sobre fatos e situações que se constituíram no passado sem nesse se esgotarem, sendo prorrogados no tempo seus efeitos⁶⁷.

Essencialmente, entretanto, a questão articulada no presente apelo não guarda vinculação com esse debate. A lide a ser solucionada na repercussão geral relaciona-se, sim, com a verificação da possibilidade de existência do direito ao desfazimento de benefício concedido e de obtenção de novo benefício, consideradas as normas vigentes ao momento do preenchimento dos requisitos do ulterior objetivo. Não intenta o autor, por exemplo, o recebimento do pecúlio⁶⁸, extinto pela Lei 9.032/95, ou a obtenção de aposentadoria com fulcro em lei anterior. O autor tem como escopo o reconhecimento do direito de renunciar às prestações da aposentadoria, antes deferida, para fazer jus a outro benefício mais vantajoso, considerado o aporte de novas contribuições, ao argumento de que já recolhidas contribuições por mais de 35 (trinta e cinco) anos, tempo mínimo - exigido pela norma vigente à época do pedido - para concessão do benefício vindicado. O pedido deduzido nestes autos não visa ao reconhecimento da inalterabilidade de “*eventuais*

66 MELLO. *Ato administrativo e direitos dos administrados*, pp. 106-107.

67 No primeiro caso, em que protegidas as situações pela teoria do ato jurídico perfeito, o problema seria resolvido com “a simples noção de retroatividade da lei”, enquanto no segundo caso, em que se debate “a sobrevivência dos efeitos da lei antiga (...) durante o império da nova lei”, a questão passaria pela verificação da existência de direito adquirido (MELLO. *Ato administrativo e direitos dos administrados*, pp. 111-116).

68 Previsto na redação original da Lei 8.213/91 (artigos 81 a 83).

RE 661256 / SC

benefícios previstos ao início ou no curso da formação” dos requisitos necessários à aposentadoria⁶⁹, buscando o segurado, ao contrário, o deferimento de novo benefício no momento subsequente ao aporte de contribuições, de modo a demandar a aferição das exigências estabelecidas nas regras em vigor no momento em que supostamente nascido o direito subjetivo à nova aposentadoria. É que, como bem gizado no voto do Ministro Teori Zavaschi, “Em questões previdenciárias, aplicam-se as normas vigentes ao tempo da reunião dos requisitos de passagem para a inatividade ”⁷⁰.

Desse modo, caso admitida por este Tribunal a possibilidade de desaposentação, tal não asseguraria, em absoluto, a imutabilidade das disposições legais ao longo do tempo entre o desfazimento das mensalidades do benefício anteriormente deferido⁷¹ e o recálculo vindicado.

8.2. Um outro obstáculo ao pedido de desaposentação seria o princípio da solidariedade.

No âmbito da seguridade social, tal princípio é compreendido como sendo a dependência recíproca entre os integrantes de um grupo que têm necessidades comuns de amparo e proteção em contingências sociais. Essa interdependência ínsita a essa parcela da população é imprescindível ao alcance do intuito último dessa coletividade, de cooperação mútua.

A matriz constitucional do princípio da solidariedade reside no inciso I do artigo 3º, o qual enuncia um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, qual seja, o de “*construir uma sociedade livre, justa e solidária*”.

Relativamente aos regimes próprios, o mencionado princípio encontra-se expressamente assentado no *caput* do artigo 40 da

69 Página 5 do voto do Ministro Teori Zavaschi.

70 Supremo Tribunal Federal. ADI 3104, Relatora Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 26/09/2007, DJ de 09-11-2007.

71 Conforme MARTINEZ, “O passo inicial é a abdicação de um direito próprio, o de receber as mensalidades de uma prestação anteriormente constituída que esteja sendo mantida (nunca de um direito por vir)”

RE 661256 / SC

Constituição Federal, de seguinte teor:

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado **regime de previdência de caráter contributivo e solidário**, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

No que tange ao regime geral de previdência social, a solidariedade social é inferida dos artigos 194, *caput* e parágrafo único, incisos V e VI, e 195, *caput* e § 5º da Constituição Federal⁷², ausente previsão explícita. Segundo esse penúltimo preceito, a seguridade social, que compreende um conjunto integrado de ações destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social “*será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta*”, nos termos da lei, mediante recursos dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e das contribuições sociais referidas nesse dispositivo, o qual materializa dois dos sete objetivos norteadores da seguridade social: a

72 Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Parágrafo único. Compete ao poder público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: (....) V - equidade na forma de participação no custeio; VI - diversidade da base de financiamento;

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; b) a receita ou o faturamento; c) o lucro; II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201; III - sobre a receita de concursos de prognósticos. IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar. (...)

RE 661256 / SC

equidade na forma de participação no custeio e a diversidade da base de financiamento. O último dispositivo encerra o princípio denominado por Balera como da contrapartida entre contribuições e prestações⁷³.

Não obstante a ausência de previsão constitucional explícita do princípio da solidariedade no regime geral, é certo que esse princípio sempre existiu também nesse regime, até porque constitui não apenas a base de qualquer regime previdenciário, mas também sua essência: a segurança e a proteção coletivas contra os “riscos sociais”⁷⁴, entendidos como os “*fatos ou acontecimentos que ocorrem na vida de todos os homens, com certeza ou probabilidade significativa, provocando um desajuste nas condições normais de vida, em especial a obtenção dos rendimentos decorrentes do trabalho, gerando necessidades a serem atendidas*”⁷⁵.

Corroborando o entendimento da existência do princípio em comento, também no regime geral, a assertiva de Marcelo Tavares, Juiz Federal e Ex-Procurador-Federal, de que “*A solidariedade do regime de repartição é uma característica dos regimes públicos de previdência brasileiros desde o início de sua organização*”, constituindo o fundamento dos regimes próprios e do regime geral da previdência social⁷⁶.

Da obrigação gravada no *caput* artigo 195 da Constituição Federal - de que toda a sociedade arque com o financiamento da seguridade social - decorre a autorização para a imposição de recolhimento de

73 PIERDONÁ, Zélia Luiza. *Contribuições para a Seguridade Social*. São Paulo: Ltr, 2003, pp. 61-63.

74 Argumenta Horvath Júnior que o tempo de contribuição que gera, conforme a Lei Maior, a presunção do risco “velhice” não constituiria tecnicamente um risco, mas uma certeza de que, realizadas contribuições regulares, será concedida a aposentadoria ao fim do prazo estabelecido em lei. Reporta-se esse autor, ainda assim, a doutrinadores que entendem existir sim um risco a ser coberto, consistente nos efeitos projetados no organismo do trabalhador no decurso do tempo, determinantes da redução paulatina da capacidade laboral. (HORVATH JÚNIOR. *Direito Previdenciário*, p. 172).

75 ROCHA e BALTAZAR JUNIOR. *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*, p. 31.

76 TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito Previdenciário*. 9ª. ed. Rio de Janeiro.: Lumen Juris Editora, 2007, p. 372.

RE 661256 / SC

contribuições sociais a todos os que desenvolvem atividade remunerada submetida ao regime geral (inciso II), entre outros contribuintes, incluindo aqueles que, embora aposentados, prosseguiram ou foram reinseridos no mercado de trabalho formal.

Esse dispositivo constitucional - agregado aos demais citados neste item - estabelece, pois, a responsabilidade de toda a sociedade pela solvabilidade do sistema, concretizando o princípio estrutural da solidariedade social, segundo o qual são distribuídos *“os efeitos econômicos das contingências entre o maior número de pessoas, com o que se efetiva o dever inescusável de prestação mútua diante da adversidade”*⁷⁷.

De fato, a fórmula do seguro social – fundado no princípio da solidariedade – traduz-se, no dizer de Wagner Balera, justamente na participação do trabalhador e do empregador no custeio da seguridade, financiando-a diretamente, a par da participação do conjunto da sociedade, que a financia indiretamente. A esse respeito, e mais especificamente sobre aqueles contribuintes, assinala esse autor:

*“Ambos contribuem, por se beneficiarem da segurança oferecida pelo sistema. O empregador, por se livrar do ônus de ter que suportar o custo social da permanente situação de risco em que vivem os obreiros. E os trabalhadores, por serem os beneficiários diretos das prestações da seguridade social.”*⁷⁸.

É inescusável, assim, a necessidade de observância, ao julgamento da controvérsia, do princípio da solidariedade social.

Norteadas por essa compreensão, aprecio o indigitado obstáculo.

8.2.1. Do mencionado postulado constitucional não se infere, como defendem alguns, empecilho ao reconhecimento da desaposentação, porque tão somente impõe à sociedade a obrigação de arcar com o custeio da seguridade social, não retirando do aposentado que retorna ao trabalho e, em razão do exercício de atividade laboral, volta a contribuir

77 HORVATH JÚNIOR. *Direito Previdenciário*, p. 62.

78 BALERA, Wagner. *A Seguridade Social na Constituição de 1988*. 4. ed. - São Paulo. LTr: 2006, p. 48

RE 661256 / SC

para o sistema, o direito de obter da previdência alguma contraprestação. Invocar o mencionado princípio em prol da tese da inviabilidade do direito implicaria extrapolar o intuito do legislador, limitado que foi a atribuir à sociedade a referida obrigação de financiamento da seguridade.

Por esse princípio é legitimada a exigência do esforço de todos em prol da sustentabilidade do sistema previdenciário público, inclusive sem a garantia, em alguns casos, de contrapartida, o que se justifica também pela autonomia entre a relação obrigacional de custeio e a relação jurídica de prestação previdenciária⁷⁹. Conforme afirmado pela Autarquia, é certo que nem todos os contribuintes são beneficiários de prestações ou serviços, como acontece com o empregador doméstico, por exemplo. É igualmente certo, contudo, que aqueles que a lei classifica como segurados obrigatórios são, por conseguinte, beneficiários, porque a lei *"exige a participação no custeio, bem como lhes concede, em contrapartida, benefícios e serviços, quando presentes os requisitos para a concessão"*⁸⁰. Em reforço a essa ideia, lição de Castro e Lazzari:

"A obrigação de custeio tem evidente natureza tributária, ela decorre da existência de norma legal prévia que estabelece, na dicção de Geraldo Ataliba, as hipóteses de incidência, ou seja, os fatos que, uma vez concretizados, estabelecem o nascimento do vínculo obrigacional entre o contribuinte ou responsável e o ente responsável pela arrecadação da contribuição.

(....)

Há pessoas que têm obrigação de contribuir porque desta decorre sua condição de beneficiário do sistema – são os segurados do regime. A obrigatoriedade de sua participação se impõe para que possam fruir dos benefícios e serviços previstos em lei, sendo fundamental a comprovação das contribuições – ou, pelo menos, do enquadramento como segurado obrigatório – para este fim.

Outras pessoas têm a obrigação de contribuir porque a

79 COIMBRA. *Direito Previdenciário Brasileiro*, p. 12.

80 CASTRO e LAZZARI. *Manual de Direito Previdenciário*, p. 139.

RE 661256 / SC

lei simplesmente lhes determina tal ônus, sem que tenham qualquer contraprestação pelo fato de verterem recursos para o sistema. O liame obrigacional tem fundamento, nestes casos, no ideal de solidariedade que fundamenta a Previdência Social, embasado na teoria do risco social, segundo a qual toda a sociedade deve suportar o encargo de prover a subsistência dos incapacitados para o trabalho. É o que ocorre com as **empresas**, ao contribuírem sobre a folha de pagamento de seus trabalhadores, bem como sobre o faturamento e o lucro; também é o mesmo fundamento para se exigir do **empregador doméstico** e do **produtor rural** que verta contribuições para o regime; também é o motivo invocado para a cobrança de contribuições sobre apostas em concursos de prognósticos.” (Castro e Lazzari, 2015, p. 134, destaquei)

Naquele primeiro grupo, de segurados obrigatórios do regime previdenciário, enquadram-se inequivocamente os trabalhadores⁸¹, cuja contribuição há de ser *“constitutiva de um direito à proteção e, concomitantemente, expressão da solidariedade de cada um com os demais”*. Balera diz que a inclusão dos trabalhadores no rol dos contribuintes *“se prende à velha concepção do seguro, onde o interessado está obrigado a pagar um prêmio a fim de que faça jus à cobertura das contingências que eventualmente possam atingi-lo”*⁸². Assistindo ao trabalhador o direito aos benefícios previdenciários que a lei especifica e sendo contributivo o sistema, deve esse contribuir para ter acesso a tais benefícios⁸³.

A correspondência entre contribuições dos segurados obrigatórios e prestações previdenciárias – ainda que não estrita, como afirmado pelo Relator – encontra suporte, entre outros, no § 11º do artigo 201 da Constituição Federal, segundo o qual *“Os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e conseqüente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei”*, bem como no § 3º do artigo 201 da Constituição Federal, que dispõe

81 CASTRO e LAZZARI. *Manual de Direito Previdenciário*, p. 139.

82 BALERA. *Sistema de Seguridade Social*, pp. 58-59.

83 PIERDONÁ. *Contribuições para a Seguridade Social*, p. 83.

RE 661256 / SC

que *“Todos os salários de contribuição considerados para o cálculo de benefício serão devidamente atualizados, na forma da lei”*⁸⁴ (destaquei). O teor desse dispositivo constitucional evidencia ter sido reservada à lei tão somente a forma de atualização dos salários de contribuição, uma vez que já estabelecida no texto constitucional a consideração de tais salários no cálculo do benefício previdenciário a ser concedido pelo regime geral⁸⁵. O salário de contribuição, sob o viés desse preceito constitucional, há de compor, por ocasião da concessão da prestação, as parcelas cujo cálculo resultará no salário de benefício, o qual substituirá a renda do trabalhador. A corroborar a referibilidade defendida, Rocha e Baltazar Jr. afirmam, relativamente à contribuição efetivada pelos empregados submetidos ao RGPS, que se limitam a estudar, no tópico alusivo às contribuições destinadas a financiar a seguridade social, apenas aquelas realizadas pelo empregado, trabalhador avulso, empregado doméstico, contribuinte individual e segurado facultativo, ou seja, àquelas *“que são vertidas pelos segurados”*⁸⁶ que mantêm relação jurídica dúplice com o sistema: *“Do ponto de vista do custeio, são vistos como contribuintes, sujeitos passivos de uma relação jurídica de ordem tributária. A par disso, são sujeitos ativos da relação jurídica de benefício, na qual é obrigada a previdência social”*⁸⁷.

Reforça o entendimento exteriorizado decisão de 21.2.2013 do Tribunal Pleno - em sede de repercussão geral -, em que provido parcialmente o recurso do aposentado, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Ellen Gracie, que assentou, na fundamentação, que *“O regime previdenciário tem cunho contributivo, de modo que as contribuições vertidas repercutem no valor do benefício, juntamente com outras circunstâncias*

84 Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98.

85 Martinez confirma a correlação entre salário de contribuição e salário de benefício ao asseverar que, *“À exceção dos empregados, avulsos, temporários e domésticos, os demais segurados obrigatórios não têm sua contribuição fixada em razão do salário”*. MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de direito previdenciário*. 6ª ed. - São Paulo: Ltr, 2015.

86 ROCHA e BALTAZAR JUNIOR. *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*, p. 127.

87 ROCHA e BALTAZAR JUNIOR. *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*, p. 51.

RE 661256 / SC

*como a idade e a expectativa de vida*⁸⁸.

Em outro julgado, menos recente, a Primeira Turma deixou claro que o princípio da solidariedade “mitiga” a referibilidade das contribuições, do que se infere que a ameniza, mas não a anula:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. COFINS. PESSOA JURÍDICA SEM EMPREGADOS. CONCEITO AMPLO DE EMPREGADOR, EM PRESTÍGIO À UNIVERSALIDADE DA COBERTURA. CONCEITO DE REFERIBILIDADE MITIGADO PELO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE SOCIAL. 1. O conceito de empregador que se extrai da legislação previdenciária deve comportar flexibilização com relação ao conceito trabalhista, de modo que compreenda o maior universo possível. 2. **A solidariedade social e a universalidade na cobertura** respaldam as interpretações extensivas em favor do recolhimento e **mitigam a referibilidade das exações que mantêm a seguridade social**. 3. Agravo regimental não provido. (AI 764794 AgR, Relator: Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 20/11/2012 e publicado no DJe de 19-12-2012, destaquei, DJe de 19-12-2012)

Da fundamentação dessa decisão, em que debatido o conceito de empregador na legislação previdenciária, consta ainda:

“(....) Quanto à suposta violação do princípio da referibilidade, haja vista que a contribuinte não teria relação com os fins ínsitos à contribuição exigida, nada a prover.

A seguridade social idealizada pelo legislador constituinte está alicerçada no princípio da solidariedade social e reclama, portanto, a participação de todos os agentes econômicos, públicos ou privados, como garantia do financiamento

88 Supremo Tribunal Federal. RE 630501, Relatora: Min. Ellen Gracie, Relator p/ Acórdão: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 21.2.2013, DJe- de 26.8.2013 - REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO. Consoante a relatora o recurso extraordinário versava sobre a existência ou não de direito adquirido ao cálculo da renda mensal inicial com base em data anterior a do desligamento do emprego ou da entrega do requerimento por ser mais vantajoso ao beneficiário.

RE 661256 / SC

necessário.

Ademais, **as contribuições sociais** destinadas ao seu financiamento **não se fundam unicamente no critério da referibilidade, ou seja, na relação de pertinência entre a obrigação imposta e o benefício a ser usufruído**. Isso porque seus objetivos visam permitir a universalidade da cobertura e do atendimento. Sob este prisma, tal tributação está necessariamente assentada em bases amplas” (destaquei).

Ainda em respaldo à ideia de referibilidade, colho o seguinte precedente:

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONTRIBUIÇÃO PARA O CUSTEIO DA SAÚDE. COMPULSORIEDADE. SERVIDOR OCUPANTE DE DOIS CARGOS. IMPOSSIBILIDADE DA INCIDÊNCIA ALCANÇAR O VALOR AUFERIDO SOB OS DOIS VÍNCULOS. SOBRESTAMENTO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS. DESNECESSIDADE. A Primeira Turma desta Corte assentou que a incidência da contribuição para o custeio dos serviços de saúde, exercida a opção pelo servidor, deve incidir sobre apenas um dos cargos. **O princípio da solidariedade se presta a universalizar o âmbito de potenciais contribuintes, mitigando a referibilidade que é própria das contribuições. Não se presta o referido postulado a legitimar distorções na base de cálculo das contribuições, as quais, no intuito desmedido de arrecadar, acarretam o desvirtuamento da natureza retributiva que deve marcar os regimes de previdência.** A controvérsia relativa à restituição de indébito decorrente da declaração de inconstitucionalidade da cobrança compulsória tem natureza infraconstitucional e, portanto, não pode ensejar a abertura da via extraordinária. Dessa maneira, não se faz imprescindível o sobrestamento do presente feito até o trânsito em julgado do acórdão proferido na ADI 3.106/MG. Agravo regimental a que se nega provimento. (ARE 672673 AgR, Relator(a): Min. Roberto Barroso, Primeira

RE 661256 / SC

Turma, julgado em 13/05/2014, acórdão eletrônico DJe-117 divulg 17-06-2014 public 18-06-2014)

Acerca dessa questão assevera Ibrahim que, conquanto as contribuições exigidas de segurados não justifiquem um benefício específico, *“a desvinculação não é plena, sob pena de transmutar a contribuição previdenciária em mero imposto”*⁸⁹. Ressalta o doutrinador na mesma oportunidade:

“Há, na realidade, uma legítima expectativa, especialmente por parte dos segurados da previdência social, ao direcionar suas contribuições ao sistema protetivo, em receber uma prestação minimamente vinculada ao seu salário, como uma espécie de salário diferido. Não sem razão, Cortes estrangeiras têm admitido, com base na proteção geral ao direito de propriedade, que o Estado não possui a prerrogativa de usurpar contribuições realizadas ou impor cotizações totalmente descompromissadas com a realidade futura, sob pena de expropriação indevida.

Na realidade atual, é comum bradar-se a solidariedade como trunfo em favor de imposições descabidas e desproporcionais, de modo a expor os eventuais reclamantes como detratores da dignidade humana e do bem-estar social. O Brasil não escapa dessa infeliz tradição somente mudando os fundamentos. Nosso passado nos traz à mente os atos tirânicos da ditadura, com base na nebulosa segurança nacional, seguida pelo desconcertante e indefinível interesse público e, na realidade do século XXI, pela solidariedade. Esta, em momento algum, possui finalidade liberticida ou expropriatória, mas somente expõe a realidade de qualquer sociedade, mesmo em modelos liberais, que sempre demandam, pragmaticamente, algum auxílio mútuo, mesmo que de forma forçada.

A questão é preocupante, pois os Tribunais, sem maiores reflexões, têm admitido a solidariedade, unicamente, como fundamento para imposições variadas sem qualquer

89

IBRAHIM. *Curso de Direito Previdenciário*, p. 66.

RE 661256 / SC**contraprestação (...)"**

Serau Jr., mestre e doutor em Direitos Humanos pela Universidade de São Paulo, assinala, à análise do conceito da seguridade social, que, na esfera da previdência social, *“de molde eminentemente contributivo, as contingências sociais relacionam-se com a questão produtiva e são equacionadas em relações de substituição ao salário ou à remuneração, a partir dos ‘riscos sociais clássicos’ (..)”*⁹⁰. Ao cuidar dos aspectos constitucionais da desaposentação, esse autor preleciona, referindo-se ao regime geral da previdência, que *“tudo o quanto possa ser exigido a título de contribuição previdenciária do segurado deve repercutir, obrigatoriamente, no cálculo do valor dos benefícios previdenciários”*⁹¹.

Sendo a aposentadoria por idade, por tempo de contribuição e especial benefícios programáveis de prestação continuada, destinados a substituir a renda do trabalhador⁹², *“deve haver uma correspondência entre o valor presente das contribuições aportadas vis-à-vis o valor presente dos benefícios a serem auferidos pelo beneficiário (...)”*⁹³, constituindo, tais benefícios, corolários, em alguma medida, das contribuições. Afinal, é por estabelecer a previdência social *“um vínculo entre a capacidade contributiva e as prestações previdenciárias ofertadas, convertendo uma parte do resultado da atividade produtiva e a solidariedade social em proteção social individual e previsível, que se materializa uma expectativa jurídica legítima, nos beneficiários, de serem amparados nos momentos de necessidade social”*⁹⁴.

Reforça essa concepção citação de Horvath Jr. - em referência à obra *“Derecho de la Seguridade Social”*, de Patrício Novoa Fuenzalida -, no

90 SERAU JÚNIOR. *Desaposentação*, p. 30.

91 SERAU JÚNIOR. *Desaposentação*, p. 39.

92 ROCHA e BALTAZAR JUNIOR. *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*, p. 313.

93 MORAES, Marcelo Viana Estevão de. *A Lei de Responsabilidade Fiscal e a Previdência dos Servidores Públicos Municipais*. Coleção Previdência Social. Volume 2. Brasília: Ministério da Previdência e Assistência Social - MPAS / SPS, 2001, p. 59.

94 ROCHA e BALTAZAR JUNIOR. *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*, p. 313.

RE 661256 / SC

sentido de que “o esforço individual de cada pessoa deve ser considerado como uma exigência prévia, para que depois o organismo gestor outorgue o benefício correspondente”⁹⁵.

A filiação à previdência, portanto, é um vínculo de mão dupla, em que previstas, de um lado, receitas para o regime previdenciário e assegurada, de outro, alguma retribuição ao segurado obrigatório em face das contribuições recolhidas ao sistema, mesmo sendo o regime de repartição simples e não de capitalização. No dizer de José Savaris, “A filiação é o vínculo jurídico que liga o indivíduo à Previdência Social, gerando direitos e obrigações recíprocos”⁹⁶.

Tal exegese pode ser extraída também da assertiva de Marcelo Viana Estevão de Moraes, especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental, ao conceituar a previdência social:

“A Previdência social é um seguro que as pessoas fazem enquanto estão em atividade, em pleno gozo de sua capacidade de trabalho, para que, caso venham a perder as condições para o trabalho, tenham garantida uma renda. Essa perda da capacidade para o trabalho pode ser temporária, quando, por exemplo, a pessoa fica doente, ou definitiva, em situações de invalidez ou em razão de idade avançada. Para que façam jus a essa renda, é preciso que as pessoas contribuam para o seguro de modo que o montante de suas contribuições possa ser suficiente para pagar os benefícios que receberão no futuro” ⁹⁷

Entendimento idêntico ao ora adotado tem Zélia Luiza Pierdoná, Procuradora Regional da República, para quem o artigo 195, § 5º, da Constituição Federal encerra regra segundo a qual não podem ser concedidas prestações, em qualquer das esferas da seguridade social, sem

95 HORVATH JÚNIOR. *Direito Previdenciário*, p. 62.

96 SAVARIS, José Antônio. *Direito Material Previdenciário – Noções Elementares*. 6ª ed. rev. atual. ampl. - Curitiba: Alteridade Editora, 2016, p. 554.

97 MORAES. *A Lei de Responsabilidade Fiscal e a Previdência dos Servidores Públicos Municipais*.

RE 661256 / SC

que tenha havido receitas suficientes, assim como “*não poderá haver entradas sem que haja previsão das saídas, devendo as receitas e despesas estarem previstas no Plano de Custeio*”, porque a contrapartida financeira é uma regra de mão dupla⁹⁸.

Acerca do princípio da contrapartida gravado nesse preceito constitucional, Uendel Domingues Ugatti, ex-Procurador do INSS e Procurador da República, diz que esse “*atua, de forma nítida, como fundamento de validade de todo o sistema de seguridade social, pois todas as prestações, seja nas áreas de saúde, previdência ou assistência social, apenas podem existir ou ser instituídas pelo legislador ordinário com a respectiva previsão da fonte e custeio total, assim como a criação de fontes de custeio encontram-se atreladas às prestações sempre de acordo com o plano atuarial, sob pena de sua nulidade, por absoluta ausência de fundamento de validade*”⁹⁹.

A própria Consultoria Jurídica do Ministério da Previdência Social (Ministério da Previdência e Assistência Social à época), no Parecer pela constitucionalidade de preceitos da Lei 8.213/91¹⁰⁰, alterados pela Lei nº 9.876/99, reconheceu, reiteradas vezes, - em contexto em que se buscava afirmar a razoabilidade da modificação da fórmula de cálculo do salário de benefício, efetivada com vistas ao equilíbrio atuarial do sistema - a correlação entre benefício e contribuições:

I -
(....)

98 PIERDONÁ. *Contribuições para a Seguridade Social*, p. 61.

99 UGATTI, Uendel Domingues. *O princípio constitucional da contrapartida na seguridade social*. São Paulo: LTr, 2003, p. 106, destaquei.

100 Parecer exarado pelo Consultor Jurídico Mestre em Economia/FGV/RJ José Bonifácio B. Andrada e pela Assessora Especial/MPAS Solange Paiva Vieira, mediante a Nota Técnica AESP/MPAS nº 01/99, com o objetivo de demonstrar a constitucionalidade dos arts. 25, III; 26, I e VI; 29, I, inciso I do seu § 6º, §§ 7º, 8º e 9º; art. 67 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, questionada em ações diretas de inconstitucionalidade propostas contra as alterações perpetradas pela Lei 9.876/99. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj>. Acesso em 6.0.2016.

RE 661256 / SC

6. Parece que o mais justo e adequado quando se tem uma modificação acentuada da pirâmide populacional, notadamente o aumento do número de idosos em relação aos demais, como é o caso do Brasil, é adotar formas em que o benefício a receber tenha correlação com as contribuições aportadas para o sistema, nele introduzindo um ingrediente de equidade atuarial através de uma metodologia análoga a uma espécie de “capitalização virtual” - *notional system* – sem contudo abandonar a solidariedade entre as gerações do sistema de repartição simples.

7. Assim, quanto maior for o período de contribuições e quanto maior for o seu valor, maior poderá ser o benefício; da mesma forma quanto menor for o tempo de usufruto do benefício maior poderá ser o seu valor, uma vez que ele é retirado do estoque formado pelo fluxo das contribuições.

(...)

II –

II.2 -

1. O fator previdenciário, que na verdade é um coeficiente atuarial, busca devolver ao segurado a sua poupança acumulada, distribuindo ao longo do tempo de sua aposentadoria as contribuições que ele próprio acumulou durante toda a sua vida laborativa. Ou seja, o segurado sempre receberá o valor contribuído adicionado de um prêmio (bônus), a título de remuneração. Dependendo da variação existente entre o tempo de contribuição e o tempo de recebimento do benefício, este poderá ser maior ou menor.

2. Para isso foi utilizada a relação atuarial existente entre o número de anos contribuídos e o número de anos de recebimento do benefício (expectativa de sobrevida no momento da aposentadoria), expressa na fórmula que consta do anexo da lei:

(...)

II. 2.1.

9. Estes benefícios não programáveis não chegam a ser uma contraprestação na razão direta da contribuição do

RE 661256 / SC

segurado, e a eles não se está aplicando um critério atuarial ajustado porque, se o fosse fazer, o encargo para o trabalhador seria muito maior que o atual, seja em termos de valor da contribuição (alíquota) ou de tempo de contribuição (anos a mais de trabalho).

(...)

II. 2.3.

7. Em conclusão, **com esta nova regra de cálculo do benefício, incluiu-se no sistema um ingrediente atuarial que produz um resultado próximo do que se pode obter com o sistema análogo que se denomina de “capitalização virtual” - *notional account system* – sistema utilizado nos países nórdicos, como por exemplo a suécia; sem que, contudo, se tenha abandonado o método de financiamento de repartição simples, ou seja, a solidariedade entre gerações, que permanece como sendo o básico e principal.**

Apesar da manutenção do regime de repartição, este, agora, se aproxima mais de uma situação de equilíbrio atuarial, passa a funcionar com menor grau de agressão contra os princípios e regras da atuária, com o que se protege o sistema em favor dos próprios segurados e aposentados, atuais e principalmente futuros.

(...)

III –

10. A razão de ser portanto da lei está em que o mandamento do art. 201 da CF é de que o Regime Geral de Previdência tenha caráter contributivo e observe equilíbrio financeiro e atuarial. Para isso **é muito conveniente levar em conta todas as contribuições** que o trabalhador tenha efetuado em toda a sua vida laborativa **de modo que a sua renda por ocasião da sua aposentadoria seja, tanto quanto possível, um reflexo dessas contribuições.**

(...)

IV –

3. O que faz a lei é estabelecer regra para o cálculo do benefício observando o montante das contribuições aportadas

RE 661256 / SC

pelo trabalhador e devolvendo-lhe o que é seu – as mesmas contribuições – se não mais, e ainda acrescidas de um rendimento – para que delas usufrua pelo período em que programou a sua aposentadoria.

(...)

6. As contribuições do segurado lhe serão devolvidas num valor mensal que, somadas ao longo do período de benefício, coincidirá com o total do que pagou acrescido de um prêmio ou bônus a título de remuneração. Com isto não se garante ainda o equilíbrio atuarial exigido constitucionalmente, mas, pelo menos, mais se aproxima dele, se não todo o sistema, pelo menos, por enquanto, para esta modalidade de benefício: a aposentadoria por tempo de contribuição.

(...)

12. A par da regra de cálculo revogada não ter nenhuma razoabilidade, não está fundada em nenhum princípio atuarial ou previdenciário, antes o contrário, é inteiramente arbitrária. Não guarda correlação com nada, nem com a expectativa de sobrevida do segurado ao se aposentar, nem com tábuas de mortalidade/sobrevivência ou hipóteses biométricas, nem com o montante contribuído, não tem correlação com o cálculo das probabilidades, nem com técnicas de matemática financeira, nem com o perfil salarial, nem com qualquer hipótese econômica ou atuarial, não guarda também qualquer correlação entre contribuição e benefício.

13. Pior, nem mesmo como amostra para o cálculo de uma média de contribuições pode-se dizer que a média dos últimos 36 meses é uma boa amostra. Constitui-se em aproximadamente 10% do universo pesquisado, e não é nem mesmo uma amostragem que tenha algum critério de seleção como, por exemplo, algumas das melhores com algumas das piores contribuições – elementar para quem quer u’a média, nem contém só as melhores e nem só as piores contribuições. Pode-se dizer que a regra anterior não tinha nenhum parâmetro, nenhuma lógica ou fundamento, era mera regra

RE 661256 / SC

arbitrária mesmo.

(...)

15. É de se ver que **a forma de cálculo prevista no novo art. 29 da lei somente será inteiramente aplicada daqui a pelo menos 25 anos**, pois que não se computará o tempo de contribuição anterior a 1994. Assim, hoje são considerados praticamente os últimos 5 anos, e assim sucessivamente, à medida que se forem sucedendo as gerações até chegar ao cálculo dos 80% melhores salários de todo o período contributivo de 35 anos de trabalho.

16. Na prática, ao se considerar o tempo de contribuição, a alíquota e a expectativa de sobrevida no cálculo de benefícios o que se faz é, aplicando a atuária, devolver ao segurado aquilo que foi objeto da sua contribuição. Melhor, acrescido de um prêmio ou taxa de juros real acumulada incidente sobre o montante corrigido de todas as contribuições.

17. Assim, se alguém trabalhou poucos anos e é jovem poupou pouco e terá pela frente uma longa sobrevida, o que poupou lhe será devolvido ao longo deste período, o que implicará em valores menores se forem comparados com os de alguém mais velho, que contribuiu por mais tempo e tem por isto mesmo menor expectativa de sobrevida, este receberá o que poupou em maiores parcelas, porque o número de parcelas a receber será menor.

18. Deste modo **o fator previdenciário tende a estabelecer a realidade ao mesmo tempo contributiva e atuarial pedida pela Constituição, com justiça social, sem, contudo, introduzir todo o regime básico – RGPS - em um regime de capitalização pura ou ortodoxa. A chamada "capitalização virtual" se aplicará tão-somente à aposentadoria por tempo de contribuição. Praticamente toda a gama restante de benefícios permanece ainda suportada pelo regime de repartição simples - PAYG - pay as you go system.**

Desse modo, em um sistema contributivo de repartição simples,

RE 661256 / SC

como é o vigente no Brasil, as contribuições reunidas em um fundo único destinam-se ao pagamento das prestações aos segurados que delas necessitem¹⁰¹. Sendo o atendimento das necessidades desses filiados ao regime, em momento oportuno, o objetivo precípua das contribuições a esses impostas, é inadmissível considerar não abrangidos nessa rede de proteção os que, embora já aposentados, voltaram a exercer atividade submetida ao regime geral e, via de consequência, a recolher contribuições à previdência social, concorrendo para sua sustentabilidade.

8.2.2. Tampouco reputo capaz de rechaçar tal direito o denominado **financiamento de gerações**¹⁰², aspecto intrinsecamente ligado ao princípio da solidariedade.

Por meio desse a população em idade ativa custeia, segundo suas forças, os benefícios previdenciários da geração passada, impondo o regime de repartição simples que a parcela mais jovem da população, engajada no mercado de trabalho, financie a aposentadoria da parcela mais idosa¹⁰³.

O matemático Peter Thullen, referido no já citado Parecer da Consultoria Jurídica do antigo Ministério da Previdência e Assistência Social¹⁰⁴, afirma que, nos sistemas previdenciários de repartição simples, *"cada una de las generaciones activas existentes debe, por así decirlo, satisfacer las cargas de las pensiones de las generaciones precedentes, esperando que algún día sus propias pensiones sean cubiertas por las generaciones futuras (THULLEN, Peter. Técnicas Actuariales de la Seguridad Social – Regímenes de*

101 Diferentemente ocorre no sistema de capitalização, em que as contribuições individuais servem somente para o pagamento de benefícios aos próprios segurados (CASTRO e LAZZARI. *Manual de Direito Previdenciário*, 2013, pp. 31-32).

102 Referido às páginas 13-15 do voto do Ministro Teori Zavascki.

103 MENEGUIN, F. B.; NERY, P. F. *Fator Previdenciário ou Fórmula 85/95? A construção de uma alternativa*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/ Senado, maio/2015 (Boletim Legislativo nº 31, de 2015). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 25 de maio de 2015.

104 Disponível o parecer constante do vol. 1, n. 10, de março/2000, da Revista Jurídica da Presidência em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj>. Acesso em 6.10.2016.

RE 661256 / SC

las Pensiones de Invalidez, de Vejez y de Sobrevivientes. OIT – Informes, ed. Española, 1995, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, p. 231)”.

Essa cobertura mútua concretiza a denominada justiça intergeracional, que consiste, na lição de Ibrahim, na “*busca de instrumentos de preservação de bem-estar para todas as gerações, sem prejuízo para nenhuma delas*”¹⁰⁵. Horvath Jr. vincula a solidariedade intergeracional à ideia de que “*Os não necessitados de hoje, contribuintes, serão os necessitados de amanhã, custeados por novos não necessitados que surgem*”¹⁰⁶.

Ibrahim enfatiza a falta de consenso em relação ao tema, em face das variáveis que o permeiam, entre as quais os desequilíbrios intrageracionais e a desigualdade quantitativa entre as gerações, o que dificulta a determinação dos encargos. Cita como alguns dos fundamentos dessa justiça a reciprocidade, a igualdade e o nivelamento do bem-estar. Diz possuir fluxos diversos esse pacto entre gerações, podendo materializar-se da geração presente para gerações passadas ou futuras, envolvendo, em regra, ambas. Afirma que a justiça entre gerações traduz os “*encargos da população em idade ativa frente aos seus pais e filhos*”¹⁰⁷, a evidenciar que essa nem sempre se concretiza no custeio da geração passada pela atual.

A esse respeito afirmam Castro e Lazzari:

“Se a principal finalidade da Previdência Social é a proteção à dignidade da pessoa, não é menos verdadeiro que a solidariedade social é verdadeiro princípio fundamental do Direito Previdenciário, caracterizando-se pela cotização coletiva em prol daqueles que, num futuro incerto, ou mesmo no presente, necessitem de prestações retiradas desse fundo comum”¹⁰⁸

105 IBRAHIM, Fábio Zambitte. *A Previdência Social no Estado Contemporâneo*. Niterói: Editora Impetus, 2011, p. 48.

106 HORVATH JÚNIOR. *Direito Previdenciário*, p. 61.

107 IBRAHIM. *A Previdência Social no Estado Contemporâneo*, p. 50.

108 CASTRO e LAZZARI. *Manual de Direito Previdenciário*, p. 22.

RE 661256 / SC

O fato de os trabalhadores envolvidos no debate sobre a desaposentação participarem do custeio do sistema – e, conseqüentemente, do pagamento dos benefícios dos atuais aposentados – abriga-os na cobertura mútua que concretiza a denominada justiça intergeracional, pelo que merecerão receber da geração futura a proteção que hoje asseguram aos inativos.

8.2.3. Ainda no âmbito dessas considerações sobre o princípio da solidariedade, entendo, *data vênia*, que não constituem obstáculo ao acolhimento do pleito os fundamentos lançados na **ADI 3.105-DE**, por meio da qual pacificado o debate acerca da constitucionalidade da imposição de contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadoria e as pensões dos inativos do serviço público.

A decisão proferida na aludida Ação Direta de Inconstitucionalidade não alcança – diferentemente, *data vênia*, do que entendido ao julgamento do RE 437.640-7/RS e de alguns recursos subsequentes¹⁰⁹ - a questão da referibilidade em relação às contribuições previdenciárias vertidas pelos aposentados do regime geral, em razão do retorno à atividade laboral, por não ter sido esse o objeto dessa ADI. Com efeito, o julgamento dessa ADI 3.105-DF girou em torno da arguição de inconstitucionalidade do artigo 4º da Emenda Constitucional 41/2003, mediante o qual acrescentado, entre outros, o § 18 ao artigo 40 da Constituição Federal, que tem como destinatários os servidores públicos inativos e os pensionistas dos regimes próprios¹¹⁰. Concluiu o Tribunal

109 “Contribuição previdenciária: aposentado que retorna à atividade: CF, art. 201, § 4º; L. 8.212/91, art. 12: aplicação à espécie, *mutatis mutandis*, da decisão plenária da ADIn 3.105, red. p/acórdão Peluso, DJ 18.2.05. A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social (CF, art. 195); o art. 201, § 4º, da Constituição Federal “remete à lei os casos em que a contribuição repercute nos benefícios” (Supremo Tribunal Federal. RE 437640, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 05/09/2006, DJ 02-03-2007) . Há também nesse sentido decisões da Segunda Turma.

110 Emenda Constitucional nº 41/2003: “Art. 4º Os servidores inativos e os pensionistas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em gozo de benefícios na data de publicação desta Emenda, bem como os

RE 661256 / SC

Pleno desta Suprema Corte, por sua maioria, pela constitucionalidade daquele dispositivo, pelo qual a incidência da contribuição previdenciária – sobre a parte excedente ao teto do regime geral - foi estendida aos proventos de aposentadoria e pensões do setor público.

Vale notar que, por ocasião dessa Emenda Constitucional 41/2003, o legislador não estendeu aos aposentados do regime geral da previdência social essa obrigação. Optou, ao contrário, por manter o inciso II do artigo 195 da Constituição Federal¹¹¹, em que prevista expressamente a não incidência de contribuição social sobre as aposentadorias e pensões concedidas por esse regime.

Não decorrendo do artigo 40, § 18, da Constituição Federal a contribuição previdenciária dos aposentados pelo regime geral, mas dos comandos insertos nos artigos 12, § 4º, da Lei 8.212/91 e 11, § 3º, da Lei 8.213/91, incidentes ao desempenho de atividade remunerada sujeita a esse regime, reputo inviável a adoção da compreensão perfilhada na citada ADI 3.105-DF ao julgamento do presente caso.

O teor dos artigos 40, § 18, e 195, II, da Constituição Federal não deixa dúvida quanto à diversidade das situações em que alocados os inativos do serviço público e os aposentados do regime geral. Àqueles inativos e pensionistas o legislador impôs, no dizer de Gilberto Gerzoni Filho, Consultor Legislativo do Senado Federal, contribuição previdenciária a fim de *“permitir dar ao regime próprio dos servidores públicos um mínimo de consistência atuarial, retirando deles o caráter eminentemente administrativo que tinham”*¹¹², uma vez que a concessão de benefícios independia do recolhimento de contribuições. Aos

alcançados pelo disposto no seu art. 3º, contribuirão para o custeio do regime de que trata o art. 40 da Constituição Federal com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos”. Em igual sentido, o parecer da Procuradoria Geral da República.

111 Alterado por ocasião da Emenda Constitucional nº 20/98.

112 GUERZONI FILHO, Gilberto. *Eficiência Política, Consistência Atuarial e Ajuste Fiscal: Comentários sobre a Emenda Constitucional nº 41/03*. In: MODESTO, Paulo (org.). *Reforma da Previdência: Análise e crítica da Emenda Constitucional 41/2003*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 182.

RE 661256 / SC

aposentados do regime geral, ao contrário, o legislador prescreveu, como dito, a vedação de incidência de contribuição sobre aposentadoria e pensão (artigos 195, II, da Constituição Federal).

Ao enfrentar a questão da natureza jurídica das contribuições previdenciárias do setor público, Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho, Consultor da União e Procurador da Fazenda Nacional, invocando fundamentos adotados pelo Ministro Nelson Jobim, na ADI-MC 2.010-2/DF, aborda a distinção entre as contribuições dos servidores públicos e aquelas dos trabalhadores do setor privado, afirmando inexistir em relação àqueles, ao contrário do que ocorre na previdência social geral desses últimos, a correspondência entre contribuição e benefício¹¹³.

Não há semelhança, portanto, entre os contextos a partir dos quais se impôs, de um lado, contribuição aos inativos e pensionistas do RPPS e, de outro lado, aos aposentados do RGPS que retornam ao trabalho, referindo-se os fundamentos assentados ao julgamento da ADI 3.105 àqueles inativos dos regimes próprios, vale reiterar, e não aos aposentados do regime geral que voltam a contribuir por força da Lei 8.213/91, razão por que reputo inextensíveis à hipótese tais fundamentos.

Realça o foco específico dessa decisão, consagrada na mencionada Ação, referência do Ministro Cezar Peluso ao princípio da solidariedade, quanto às contribuições dos trabalhadores, da qual se depreende – notadamente no parágrafo seguinte ao enfatizado no voto divergente – a ideia de existência de alguma vinculação entre contribuições e benefícios. De fato, ao comparar o regime previdenciário brasileiro com o chileno, compreendeu ter sido forjado em nosso país *“um regime híbrido, submisso a normas de direito público e caracterizado, em substância, por garantia de pagamento de aposentadoria mediante contribuição compulsória durante certo período, o que lhe define o predicado contributivo, sem perda do caráter universal, seletivo e distributivo”* (destaquei). Na sequência da abordagem desse aspecto, asseverou o ilustre Ministro literalmente:

“A previdência social, como conjunto de prestações sociais

113 SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. *Contribuição Previdenciária de Aposentados e Pensionistas do Setor Público*. In: MODESTO, Paulo (org.). Ob.cit., p. 285-287.

RE 661256 / SC

(art. 7º, XXIV), exerce relevante papel no cumprimento desses objetivos e, nos claros termos do art. 195, caput, deve ser financiada por toda a sociedade, de forma eqüitativa (art. 194, § único, V). De modo que, quando o sujeito passivo paga a contribuição previdenciária, não está apenas subvencionando, em parte, a própria aposentadoria, senão concorrendo também, como membro da sociedade, para a alimentação do sistema, só cuja subsistência, aliás, permitirá que, preenchidas as condições, venha a receber proventos vitalícios ao aposentar-se.

Não quero com isso, é óbvio, sugerir que o valor da contribuição seja de todo alheio à dimensão do benefício, pois o caráter contributivo, o equilíbrio atuarial, a regra de contrapartida e a equidade na repartição dos custos do sistema impedem se exijam ao sujeito passivo valores desarrazoados ou desproporcionais ao benefício por receber, enfim de qualquer modo confiscatórios. Os limites estão postos no sistema e devem analisados em conjunto. (ADI 3105, Voto do Min. Cezar Peluso, p. 37-38, destaquei)

Entendo ter sido afirmado nesse voto vista, cancelado pela maioria, que a contribuição previdenciária do sujeito passivo, “*nos claros termos do art. 195, caput*”, concorre, ainda que em parte, para a própria aposentadoria, bem como afastado, outrossim, ante o caráter e os princípios orientadores do sistema, o alheamento da contribuição – dos trabalhadores – em relação ao benefício a ser recebido, a confirmar a existência de alguma reciprocidade entre esses.

Robustecem a assertiva do Redator da ADI 3.105 – de que a contribuição previdenciária dos trabalhadores concorre, ainda que em parte, para a própria aposentadoria - as palavras de Martinez, no sentido de que solidariedade significa que, “*ao mesmo tempo, pessoas com maior capacidade contributiva aportam recursos a favor de si e de outros seres humanos sem essa força de contribuição*”¹¹⁴, a significar que o custeio nessa seara se destina à previdência como um todo, mas também ao contribuinte

114 MARTINEZ, Wladimir Novaes. *A seguridade social na Constituição Federal*. 2ª. ed. São Paulo: LTr, 1992, p. 29.

RE 661256 / SC

individualmente considerado. Nesse mesmo diapasão, Castro e Lazzari afirmam, ao tratar do princípio da distributividade, que “O segurado, ao contribuir, não tem certeza se perceberá em retorno a totalidade do que contribuiu, porque os recursos vão todos para o caixa único do sistema, ao contrário dos sistemas de capitalização, em que cada contribuinte teria uma conta individualizada (....)”¹¹⁵, do que se conclui receba algo.

8.2.4 Ante esse arrazoado, julgo não constituir o princípio da solidariedade obstáculo ao reconhecimento do direito à desaposentação.

8.3. Outro empecilho à desaposentação, invocado na divergência apresentada pelo Ministro Dias Toffoli, é o teor do **artigo 181-B do Decreto nº 3.048**, de 6 de maio de 1999, incluído pelo Decreto nº 3.265/99, que prevê expressamente:

“Art. 181-B. As aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial concedidas pela previdência social, na forma deste Regulamento, são irreversíveis e irrenunciáveis.”

Ocorre que, ante as disposições da Lei 8.213/91, não poderia o Regulamento da Previdência Social, consistente no citado Decreto 3.048/99, promover inovação em relação ao estatuído na norma regulamentada, atribuindo aos aludidos benefícios qualidades não conferidas pela Lei. De fato, não caberia ao Regulamento da Previdência Social, como mero instrumento da ação administrativa, impedir a renúncia a essas aposentadorias.

Tratando do poder regulamentar, Bandeira de Mello afirma que, consoante expressa previsão constitucional¹¹⁶, somente a lei pode impor aos indivíduos obrigações e limites à sua livre atividade, sendo certo que “nenhuma restrição à liberdade e à propriedade podem advir senão de lei”¹¹⁷.

115 CASTRO e LAZZARI. *Manual de Direito Previdenciário*, p. 92.

116 Reporta-se o doutrinador ao artigo 153, § 2º, da Constituição de 1967, com a Emenda nº 1 de 1969, cujo conteúdo vem repetido hoje no artigo 5º, II, da Constituição Federal de 1988: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

117 MELLO. *Ato administrativo e direitos dos administrados*, p. 86.

RE 661256 / SC

Assevera implicar a defesa da inteireza desse princípio da legalidade – hoje insculpido no artigo 5º, II, da Constituição Federal – a defesa da integridade do sistema constitucional como um todo, visto que *“assim se protege a parte mais vulnerável da cidadela protetora dos indivíduos e da ordenação pública nacional”*¹¹⁸.

Delineia, ainda, com sua conhecida agudeza, os contornos dos poderes reguladores do Executivo, inseridos em sua competência regulamentar, cujo fundamento é o poder hierárquico. Detém-se um pouco mais no regulamento, o qual define como meio de disciplinar a discricção administrativa, vale dizer, *“de regular a liberdade relativa que viceja no interior das balizas legais”*¹¹⁹. Acerca desse instrumento jurídico assinala que, sempre que crie, para os administrados, direitos, obrigações, deveres, restrições à liberdade, propriedade ou atividades que já não estejam contidos e identificados na lei a ser regulamentada, o regulamento ou a disposição regulamentar implicará *“desbordamento da competência do Executivo e invasão da esfera do Legislativo”*¹²⁰.

Tal desbordamento ocorre inequivocamente em relação ao artigo 181-B do Decreto nº 3.048/99, acrescentado pelo Decreto nº 3.265/99, porquanto estabelece a irrenunciabilidade e a irreversibilidade das aposentadorias por idade, tempo de contribuição/serviço e especial, restringindo a liberdade dos aposentados em relação ao exercício do direito a esses benefícios, previstos na Lei 8.213/91 sem essa limitação, a configurar abuso do poder regulamentar¹²¹.

Convém dizer que, embora tenha o Decreto 6.208/2007 alterado o parágrafo único desse artigo 181-B do Regulamento, para permitir a desistência do pedido de aposentadoria nas condições nele estabelecidas¹²², remanesce no preceito o mesmo viés restritivo

118 Idem, Ibidem.

119 Idem, p. 94.

120 MELLO. *Ato administrativo e direitos dos administrados*, p. 104.

121 Nesse sentido, ROCHA e BALTAZAR JUNIOR. *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*, p. 313 e CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Despensão – mais que um neologismo, uma realidade*. In *Revista de Previdência Social*. Ano XXXIII, nº 347, outubro, 2009.

122 Decreto 3.048/99, Art. 181-B, parágrafo único: “O segurado pode desistir do seu

RE 661256 / SC

retromencionado, ainda que em menor medida.

Por essas razões, reputo esse dispositivo regulamentar inábil a frustrar o direito à renúncia pretendida.

8.4 A ausência de previsão da possibilidade de desfazimento da mensalidade previdenciária – para a obtenção de um benefício mais vantajoso – não significa, *data vênia*, a inexistência desse direito, à medida que não vedado pela lei ou pelos princípios inerentes ao ordenamento jurídico esse desfazimento. Ao contrário, o mencionado intento encontra amparo, na ausência de lei explícita, nos princípios do sistema previdenciário. A indigitada possibilidade - norteadas pela observância do interesse público e do alcance de um ideal de justiça social - encontra abrigo no princípio da juridicidade administrativa que superou o princípio da legalidade estrita, hoje relativizado por aquele.

No dizer de Ibrahim, por exemplo, a ausência de previsão legal traduz *“verdadeira possibilidade do indivíduo em demandar o desfazimento de sua aposentadoria (...)”*¹²³. Martinez também entende inexistir preceito legal proibitivo da renúncia à aposentadoria, de modo que, ausente regra a respeito do instituto, *“cabe perquirir outras fontes, perscrutando os princípios, raciocinando na esfera da filosofia e papel da Previdência Social”*¹²⁴, bem como, acrescento, as normas que informam o ordenamento jurídico, notadamente as normas constitucionais.

Ao tratar da questão em exame, Carvalho Filho assinala não ser raro o retorno do servidor público ou do empregado da iniciativa privada ao mercado de trabalho formal, cabendo aferir, em tais hipóteses, a *“possibilidade de sujeitar-se o trabalhador ao duplo regime (da aposentadoria simultaneamente com o do emprego atual), ou ao contrário, à necessidade da renúncia à aposentadoria”*¹²⁵. Esse administrativista afirma que, no caso de incompatibilidade entre a manutenção da condição de inativo e o retorno

pedido de aposentadoria desde que manifeste esta intenção e requeira o arquivamento definitivo do pedido antes da ocorrência do primeiro de um dos seguintes atos: (...)” .

123 IBRAHIM. *Curso de Direito Previdenciário*, p. 728.

124 MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Aposentação, Desaposentação e Complementação*. Repertório IOB de jurisprudência nº 14/97 – Caderno 2 – 1997, p. 269.

125 CARVALHO FILHO. *Manual de Direito Administrativo*, pp. 733-734.

RE 661256 / SC

à atividade laboral, *“a aposentadoria tem sido qualificada como direito disponível e, pois, sujeito à declaração de renúncia pelo titular”*, conforme orientação que se coaduna perfeitamente, no seu entender, com o sistema vigente¹²⁶.

Ao firmar essa compreensão, esse autor remete o leitor à decisão do Superior Tribunal de Justiça, proferida no REsp 663.336/MG, em que a Quinta Turma dessa Corte superior, apreciando recurso do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, expressou entendimento de que cabível, na mudança de regime previdenciário, a renúncia à aposentadoria anterior com o aproveitamento do respectivo tempo de contribuição¹²⁷.

Carvalho Filho ressalta, outrossim, que, nas hipóteses de renúncia, o tempo de contribuição ou de serviço, uma vez regularmente cumprido, retrata situação jurídica consumada, insuscetível de ser subtraída do patrimônio jurídico do titular do direito. Acrescenta que, efetivada a renúncia facultativa, *“tem o interessado direito à contagem desse tempo na atual relação de trabalho para os fins de aquisição de novo direito à aposentadoria”*¹²⁸ e consequente reaposentação, conforme reconhecido no REsp 1.334.488, já citado no presente voto¹²⁹.

Esse jurista assinala, ainda, ter sido reconhecido, pelo Poder Judiciário, semelhante efeito jurídico da renúncia à circunstância em que admitida a contagem do tempo de contribuição vertido ao regime geral para fins de averbação em futura aposentadoria estatutária daquele que foi originariamente aposentado pelo INSS¹³⁰.

Também a maioria dos doutrinadores no ramo do Direito Previdenciário entende que a fruição ou não do benefício é direito subjetivo, patrimonial e, portanto, disponível, de modo que determinado

126 CARVALHO FILHO. *Manual de Direito Administrativo*, pp. 734-735.

127 Superior Tribunal de Justiça. REsp 663.336 – MG, Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe de 7.2.2008.

128 CARVALHO FILHO. *Manual de Direito Administrativo*, p. 735.

129 Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.334.488/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe de 14/05/2013.

130 CARVALHO FILHO. *Manual de Direito Administrativo*, p. 735.

RE 661256 / SC

pelo desejo livre e consciente do trabalhador o momento de requerer a aposentadoria (CF, artigo 7º, inciso XXIV)¹³¹, bem como determinado igualmente pela vontade do aposentado o momento de voltar a exercer uma atividade remunerada e abdicar da prestação previdenciária concedida a fim de obter outra melhor.

Imprescindível reiterar que a renúncia – aqui tratada – não diz com o ato de aposentação, com o direito em si à aposentadoria, mas com as mensalidades desse benefício, expressas monetariamente, as quais pretende o aposentado ver substituídas¹³². Concorde com essa exegese Cunha Filho, baseado no intuito de aproveitamento do tempo de contribuição para a obtenção de melhor benefício e na ausência de intenção de retorno à mesma atividade antes exercida. Tal renúncia, compreendida como ato de caráter unilateral que independe da vontade de terceiro, não tem como alvo, assim, a jubilação propriamente dita, tendo como escopo apenas a respectiva prestação pecuniária¹³³ com o objetivo de obter benefício mais vantajoso.

8.5. Também o **artigo 5º, XXXVI, da Lei Fundamental** não inviabiliza a renúncia, porque o princípio do ato jurídico perfeito não pode conduzir ao desprezo do direito previdenciário assegurado constitucionalmente ao trabalhador que, em razão do exercício de atividade submetida ao RGPS, deve contribuir para a previdência social. Incorporados esses trabalhadores à situação jurídica dos trabalhadores em geral, passaram eles a integrar “*regime comum aos demais indivíduos colhidos por esta situação geral*”, hábil a lhes assegurar, em tese, conforme garantido aos demais trabalhadores, ao menos o cômputo do tempo de contribuição, em razão do aporte de novas contribuições ao sistema.

8.6. Deve-se indagar, ainda, se vedaria a concessão de uma nova mensalidade previdenciária o teor do **artigo 18, § 2º, da Lei 8.213/91**,

131 Não determinado pela vontade do trabalhador, por certo, o momento de requerer a aposentadoria compulsória.

132 NOVAES, André Santos. *Possibilidade de Desaposentação*. In: MARTINEZ, Wladimir Novaes (Coord). *Temas Atuais de Previdência Social – Homenagem a Celso Barroso Leite*. São Paulo: LTR, 2003 e CUNHA FILHO. *Desaposentação e nova aposentadoria*.

133 CUNHA FILHO. *Desaposentação e nova aposentadoria*.

RE 661256 / SC

considerada a redação conferida pela Lei nº 9.528, de 1997:

“ § 2º O aposentado pelo Regime geral da Previdência Social–RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.”

Não identifico à leitura desse preceito legal a apontada proibição à desaposentação, inexistindo vedação expressa, em tal dispositivo, quanto à renúncia ao benefício previdenciário e subsequente concessão, em face do aporte de contribuições previdenciárias após a jubilação, de outro melhor. Igual compreensão foi externada na justificativa do Projeto de Lei nº 7.154-B, de 2002¹³⁴, da Câmara dos Deputados, em que proposto o direito à desaposentação:

O presente projeto visa corrigir uma interpretação distorcida de órgãos de assessoramento jurídico da Previdência Social que, não obstante a falta de norma de direito substantivo em sentido formal, vem obstaculando o direito de renúncia de aposentadoria já concedida por tempo de contribuição e aposentadoria especial.

A lei de regência nenhuma proibição expressa tem nesse sentido, e o princípio constitucional é o de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

O Tribunal de Contas da União tem, reiteradamente, proclamado o direito de o funcionário público renunciar à aposentadoria já concedida para obter outra mais proveitosa em cargo público diverso.

134 Disponível

em:

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=15B29BED19C64824_FF943E25F4680094.node2?codteor=397328&filename=Avulso+-PL+7154/2002 . Acesso em 5.10.2016.

RE 661256 / SC

Igualmente, o Poder Judiciário tem reconhecido esse direito em relação à aposentadoria previdenciária, contudo, o Instituto Nacional de Seguridade Social insiste em indeferir essa pretensão, compelindo os interessados a recorrerem à Justiça para obter o reconhecimento do direito.

Na linha do que afirmado nessa justificativa, também compreendo que essa regra legal não contempla a situação ora examinada, de desconstituição da mensalidade previdenciária concedida para, a partir do cômputo de novo período contributivo, obtenção de outra prestação de maior valor, em substituição àquela objeto de renúncia.

A inteligência do artigo 18, § 2º, da Lei 8.213/91 consentânea com a Constituição Federal é, sob minha ótica, a de que o óbice erigido nesse preceito legal teve como alvo inviabilizar o recebimento simultâneo de mais de uma aposentadoria¹³⁵ além daquela já deferida ao aposentado que segue exercendo, ou volta a exercer, atividade laboral no período subsequente à aposentação pelo RGPS – o que é vedado expressamente pelo Plano de Benefícios. Não é razoável a exegese de que visou o legislador a impedir o direito à desaposentação e à consideração das novas contribuições aportadas ao regime geral, ante todo o arcabouço jurídico protetivo do direito previdenciário em debate.

Não há de ser declarada, nesse contexto, a inconstitucionalidade desse preceito legal, cabendo tão somente interpretação conforme à Constituição Federal.

9. Ausentes os referidos óbices, incumbe apreciar se a desaposentação encontra **amparo** no texto **constitucional**, o que faço a partir da definição da situação jurídica dos trabalhadores egressos da inatividade¹³⁶.

9.1 A situação jurídica objetiva e geral das pessoas que, após a aposentação, voltam a exercer uma atividade remunerada sujeita ao

135 Nesse sentido SERAU JÚNIOR. *Desaposentação*, pp. 58-60, MARTINEZ, 2010, p. 35.

136 Valho-me, no particular, da importante classificação das situações jurídicas, referida na doutrina explicitada por Bandeira de Mello e adotada no voto divergente .

RE 661256 / SC

regime geral da previdência social, ou no exercício dessa se mantêm, é determinada, como dito antes, justamente pela subsistência do exercício dessa atividade – ou pelo retorno a essa – e consequente recolhimento de contribuições previdenciárias, em decorrência do disposto nos artigos 12, § 4º, da Lei 8.212/91 e 11, § 3º, da Lei 8.213/91, que lhes impuseram, desde a edição da Lei 9.032/95, a qualidade de seguradas obrigatórias.

Com efeito, dispõe o artigo 12, § 4º, da Lei 8.212/91, incluído pela Lei 9.032, de 28.4.1995:

“O aposentado pelo Regime geral da Previdência Social - RGPS que estiver exercendo ou que voltar a exercer atividade abrangida por este Regime é segurado obrigatório em relação a essa atividade, ficando sujeito às contribuições de que trata esta Lei, para fins de custeio da Seguridade Social.”

Estabelece, outrossim, o § 3º do artigo 11 da Lei 8.213/91, igualmente incluído pela Lei 9.032/95, *verbis*:

“O aposentado pelo Regime geral da Previdência Social- RGPS que estiver exercendo ou que voltar a exercer atividade abrangida por este Regime é segurado obrigatório em relação a essa atividade, ficando sujeito às contribuições de que trata a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, para fins de custeio da Seguridade Social”

Com a imposição, por meio dos dispositivos transcritos, da condição de segurados obrigatórios aos aposentados nesses referidos, adveio o dever de recolhimento de contribuições previdenciárias, tal qual exigido dos trabalhadores que prestam serviços em conformidade com as alíneas do inciso I do artigo 12 da Lei 8.212/91 e do inciso I do artigo 11 da Lei 8.213/91. Assim, a manutenção ou retomada da atividade laboral subordinada ao regime geral e a respectiva exação tributária acabaram por reincluir esse grupo de pessoas na situação jurídica objetiva inerente a todos os quais, em razão do exercício de atividade igualmente submetida ao RGPS, devem contribuir para a previdência social.

RE 661256 / SC

Efetivamente, ocorridos os atos-condição determinantes da incorporação de tais pessoas à aludida situação jurídica, passaram elas a integrar “*regime comum aos demais indivíduos colhidos por esta situação geral*”¹³⁷, hábil a lhes assegurar, em tese, conforme garantido aos demais trabalhadores, ao menos o cômputo do tempo de contribuição, em razão do aporte de contribuições ao sistema, não implicando o reconhecimento de tal direito ofensa aos artigos 194, V e VI, e 195, II e § 5º, da Constituição Federal.

Reputo imprescindível rememorar, nesta quadra, que o direito à previdência social é um direito fundamental¹³⁸ que se encontra arrolado entre os direitos sociais e integra a ordem social, a qual “*tem como base o primado do trabalho*”¹³⁹. Surgiu do receio do futuro, próprio de todo ser humano, e se desenvolveu, ao longo do tempo, por meio de variados modelos de proteção individual e social, até o modelo da seguridade social. A ideia de previdência social começou a adquirir força a partir do século XIX - quando, por ocasião da segunda onda da revolução industrial, ocorreram inúmeros acidentes do trabalho¹⁴⁰ -, ganhando amplitude, no curso do tempo, para estender cobertura, em razão de doença profissional, “*invalidez*”, morte, desemprego involuntário e outras contingências sociais, não mais apenas às pequenas comunidades inicialmente protegidas, mas também aos trabalhadores e, depois, à toda a sociedade. Carlos e Lazzari referem que, por ocasião do advento do Estado Contemporâneo foram incluídos, no rol dos direitos fundamentais, os direitos sociais, que se legitimam “*também em função da construção de um mínimo de condições existenciais do ser humano, como retrata Robert Alexy*”¹⁴¹.

Ao tratar da fundamentalidade material do direito previdenciário, Rocha, norteado pela lição de Ernest Benda, assevera:

137 MELLO. *Ato administrativo e direitos dos administrados*, p. 106.

138 RE 626489, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 16.10.2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe de 23.9.2014.

139 Constituição Federal, artigos 6º, 194, *caput*, e 201.

140 HORVATH JÚNIOR. *Direito Previdenciário*, pp. 15-17.

141 CASTRO e LAZZARI. *Manual de Direito Previdenciário*. 2015, pp. 20-21.

RE 661256 / SC

“(...) a obrigação do Estado de respeitar a dignidade do indivíduo não se restringe à expectativa de não ser tratado arbitrariamente, abrangendo uma obrigação prestatória quando o indivíduo não pode, de outra maneira, prover uma existência humanamente digna. É justamente nos momentos nos quais os cidadãos, inseridos na sociedade por força de sua capacidade de trabalho (substancial maioria da população, têm a sua força laboral afetada (...), que a previdência social evidencia seu papel nuclear para a manutenção do ser humano dentro de um nível existencial minimamente adequado” (ROCHA, 2004, p. 111).

O valor-fonte dos princípios de direitos humanos - a dignidade humana - constitui, nessa perspectiva, premissa básica e imprescindível à construção dos direitos sociais, a exemplo do direito ao trabalho e à previdência social¹⁴². Sobre essa essencialidade, Gabriela Neves Delgado afirma:

Os princípios internacionais do Direito do Trabalho e do Direito Previdenciário, alçados à condição de Direitos Humanos, centralizam o homem em seu valor maior de ser humano. Promovem, assim, uma visão humanitária dos direitos sociais, revelando o trabalho digno e a seguridade social como direitos fundamentais universais.

Enfim, a matriz filosófica dos diversos instrumentos internacionais de proteção social identificados realça o sistema da seguridade social e o valor do trabalho a partir de uma perspectiva ética, com suporte na dignidade do ser humano.

Obviamente que além do reconhecimento da importância social dos princípios de direitos humanos dos trabalhadores é preciso também concretizá-los, viabilizando sua afirmação

142 DELGADO, Gabriela Neves. *Direitos humanos dos trabalhadores: perspectiva de análise a partir dos princípios internacionais do direito do trabalho e do direito previdenciário*. Rev. TST, Brasília, vol. 77, nº 3, jul/set 2011. Em igual sentido, SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 8. ed., rev. e atual. --. 2007, p. 332 e SIMM, Zeno. *Os Direitos Fundamentais e a Seguridade Social*. São Paulo. LTr: 2005, pp. 119-122.

RE 661256 / SC

ética, enquanto elemento indispensável para a constituição, crescimento e realização do sujeito-trabalhador. (DELGADO, 2011).

Esse foi certamente o espírito do constituinte ao estabelecer, no artigo 7º da Constituição Federal, extenso elenco de direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, fazendo menção categórica, no *caput* desse dispositivo, a outros direitos “*que visem à melhoria de sua condição social*”. Do citado elenco consta, expressamente, o direito à aposentadoria (inciso XXIV), que constitui umas das principais prestações da previdência social.

Relativamente aos trabalhadores não submetidos aos regimes próprios de previdência social o direito em comento encontra assento também no artigo 201 da Constituição Federal, cujo *caput* estatui a organização da previdência social sob a forma de regime geral, o caráter contributivo e a filiação obrigatória¹⁴³.

O artigo 201, § 9º, da Constituição Federal, por sua vez, encerra, mediante a contagem recíproca do tempo de contribuição aos regimes básicos de previdência, importante garantia para a concretização do direito à prestação previdenciária, ao assegurar o cômputo do período contributivo do trabalhador mesmo em regime diverso daquele a que vinculado originariamente.

No plano infraconstitucional a Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, assenta, em seu artigo 1º, a finalidade da previdência social, de assegurar aos seus beneficiários, “mediante contribuição”, meios indispensáveis à cobertura dos riscos e contingências sociais que declina, enunciando o *caput* do artigo 18 da mencionada Lei compreender o regime geral prestações expressas em benefícios e serviços, classificadas entre aqueles a aposentadoria.

A citada Lei, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, classifica os citados beneficiários, em seu artigo 10,

143 Constituição Federal, Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei (...).

RE 661256 / SC

como segurados e dependentes, enquadrando como segurados obrigatórios do regime geral da previdência social, entre outros, o empregado que labora nos moldes das alíneas do artigo 11, inciso I, e o aposentado pelo regime geral que permanece no trabalho ou a esse retorna (artigo 18, § 2º).

Na qualidade de segurado obrigatório esse aposentado contribui diretamente para o financiamento da seguridade social, nos termos do artigo 12, § 4º, da Lei 8.212/91, decorrendo, essa obrigatoriedade de contribuições, da “*solidariedade interpessoal*”¹⁴⁴, inerente ao sistema previdenciário brasileiro.

O artigo 20 do Regulamento da Previdência Social (Decreto nº 3.048/99), por sua vez, conceitua filiação como sendo “*o vínculo que se estabelece entre pessoas que contribuem para a previdência social e esta, do qual decorrem direitos e obrigações*” (destaquei), determinando seu § 1º – tanto na redação original (antigo parágrafo único) quanto na redação ora em vigor -, incluído pelo Decreto 6.722/2008, que “*A filiação à previdência social decorre automaticamente do exercício de atividade remunerada para os segurados obrigatórios (...)*”.

Para os segurados obrigatórios, então, o momento da vinculação ao regime geral da previdência social coincide com o início da atividade remunerada, ocasião na qual o empregado é filiado automaticamente à previdência social e passa a contribuir para o regime, o que desencadeia para esse e para a Autarquia, consequentemente, direitos e deveres, como previsto no Regulamento da Previdência Social.

Assinalam Castro e Lazzari que a filiação obrigatória se aplica tão somente “*aos indivíduos que exercem atividade vinculada ao regime geral previdenciário que lhes garanta a subsistência*”¹⁴⁵, acrescentando ser imprescindível não confundir caráter contributivo, que tem a ver com a participação de toda a sociedade no custeio da previdência social, com

144 Almansa Pastor contrapõe, na classificação por ele formulada, a “solidariedade interpessoal”, havida entre duas ou mais pessoas individualmente consideradas, à “solidariedade intergrupai”, havida entre dois ou mais grupos (*Apud* HORVATH JÚNIOR. *Direito Previdenciário*, p. 63).

145 CASTRO e LAZZARI. *Manual de Direito Previdenciário*, 2013, p. 97.

RE 661256 / SC

filiação ao regime, que ocorre a partir da inclusão do indivíduo na parcela da população economicamente ativa, momento em que é inserido na esfera da proteção previdenciária, ainda que não detenha imediatamente direito à prestação. Isso porque, nesse campo protetivo, as prestações relativas aos riscos tornam-se devidas *“desde que, previsto em lei um desses riscos, como elemento material da hipótese de incidência da lei, no instante e no local pressupostos, no mundo fático essa hipótese se venha a materializar”*, gerando para o beneficiário *“um direito subjetivo inquestionável, cujo não-atendimento pela instituição dará ao seu titular ação para reclamar a prestação”*¹⁴⁶.

Sendo obrigatória a filiação dos trabalhadores aposentados, que exercem atividade vinculada ao regime geral, sua inserção na esfera de proteção previdenciária, ainda que não detenham imediatamente direito à prestação, é inafastável.

Entender como inócuas, para o trabalhador, as contribuições efetuadas implicaria desconsiderar a blindagem, efetivada pela Constituição Federal, dos direitos à previdência social e à contagem do tempo de contribuição, destituindo de eficácia as disposições constitucionais que os consagram. Tal compreensão conduziria a conclusão não equânime, de que garantidos direitos significativamente diferenciados a trabalhadores alocados em contextos contributivos idênticos. Efetivamente, havendo igual exigência, a um e outro grupo - trabalhadores que retornaram da inatividade e trabalhadores que não se aposentaram -, de contribuir para a perpetuação do sistema, o rol de benefícios previdenciários deve observar similitude razoável. Isso porque submetidos ambos à mesma situação jurídica geral e abstrata produzida pelas normas legais que lhes impuseram contribuições previdenciárias sobre a atividade remunerada e pelas outras regras em que assentado o direito à previdência social e, especificamente, à consideração do tempo de serviço ou de contribuição.

Não procede, enfatizo, o argumento de que a distinção quanto às prestações previdenciárias seria justificada pelo fato de que os

146COIMBRA. *Direito Previdenciário Brasileiro*, p. 124.

RE 661256 / SC

trabalhadores aposentados já teriam recebido a proteção do sistema, enquanto aqueles não aposentados não, porquanto o objeto da tributação é a atividade remunerada desses e daqueles, inexistindo, nesse aspecto substancial, diferença entre os dois grupos de trabalhadores. Nesse ponto, importa dizer que, embora já tenha o trabalhador, em hipóteses em que postulada a desaposentação, sido aposentado anteriormente, busca uma prestação previdenciária decorrente do direito ao reconhecimento, em última análise, do tempo de contribuição ou de serviço ainda não computado no benefício concedido¹⁴⁷, insuscetível, esse tempo, de ter sua eficácia esvaziada.

Considerando a previsão constitucional de direito à previdência social (Constituição Federal, artigos 6º, 194, *caput*, e 201) e, especificamente, de direito ao cômputo do tempo de serviço/contribuição (Constituição Federal, artigo 201, § 9º), não se pode ignorar o conteúdo em si dessas disposições, destituindo-as de eficácia, porque à essência do direito o magistrado se encontra inequivocamente jungido.

Ante o cenário socioeconômico perverso, imposto à maioria dos aposentados – desencadeador de situações de necessidades financeiras importantes –, imprescindível examinar a lide também sob um viés que considere os direitos fundamentais desse grupo de pessoas.

O intuito de otimizar o padrão de vida é ínsito ao ser humano, não lhe sendo proibido legal, moral ou eticamente ter em mira o referido intento. Ao contrário, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil foram consagrados justamente nesse sentido, tendo sido enunciados explicitamente entre esses a promoção do bem de todos e o desenvolvimento nacional¹⁴⁸, bem como proclamado, desde o preâmbulo da Constituição Federal, o bem-estar social como valor supremo da sociedade. Igualmente, o escopo último da ordem social consiste na

147 Conduz a essa compreensão o § 9º do artigo 201 da Constituição Federal.

148 Constituição Federal, Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

RE 661256 / SC

garantia do bem-estar e justiça sociais¹⁴⁹, assim como objetiva o artigo 7º da Lei Fundamental propiciar melhores condições de vida aos trabalhadores, mediante os direitos que enuncia¹⁵⁰.

A relação jurídica previdenciária não se afasta desses objetivos, à medida que se destina ao amparo dos segurados e dependentes quando se defrontam *“com eventos previamente selecionados que os coloquem numa situação de necessidade social, em virtude da impossibilidade de obtenção de sua própria subsistência ou do aumento das despesas”*¹⁵¹. Em tais contingências sociais, tão conhecidas por grande parte dos aposentados pelo regime geral, a majoração do benefício não importa, em última análise, em incremento pecuniário para dispêndios supérfluos, destinando-se, na maioria das vezes, a compor montante necessário ao atingimento de um padrão mínimo de dignidade, notadamente se consideradas as despesas advindas com o avanço da idade, objeto inequívoco de proteção constitucional. Aliás, conforme Rocha e Baltazar Jr., reflexão mais profunda sobre o cálculo da renda mensal inicial dos benefícios conduziria a conclusão de que normas infraconstitucionais, embora constitucionais, acabam por impor restrição a essa renda e ao salário de benefício, sendo certo que *“a limitação das contribuições já acarreta uma natural limitação na renda mensal do segurado, pois elas é que determinam o salário-de-benefício”*¹⁵². Assim, em sendo o valor da mensalidade previdenciária, a qual se pretende renunciar, inferior ao daquela que se intenta ver reconhecida, bem como inferior, em regra, à remuneração que em atividade o trabalhador auferia, é de se reputar imperativa a consideração, ao deslinde da controvérsia, do princípio da *“eficácia da proteção, tornando as prestações tão equivalentes, quanto possível, aos desfalques*

149 Constituição Federal, Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

150 Constituição Federal, Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (....)

151 HOVARTH JÚNIOR, 2005, p. 109.

152 ROCHA e BALTAZAR JUNIOR. *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*, pp. 158-167.

RE 661256 / SC

de renda a que vinha atender”¹⁵³, de modo a minimizar os malefícios que o achatamento da renda impõe ao trabalhador.

Acerca da carga protetiva imanente aos direitos fundamentais – em que englobados os direitos previdenciários –, o Plenário desta Corte assentou, ao julgamento da Reclamação 4.374/PE¹⁵⁴, da Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, literalmente que:

“os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um **postulado de proteção** (*Schutzgebote*). Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição de excesso (*Übermassverbot*), mas também uma **proibição de proteção insuficiente** (*Untermassverbot*) (Claus-Wilhelm Canaris, *Grundrechtswirkungen um Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatsrechts*, JuS, 1989, p. 161)

A violação, pelo legislador, dessa proibição de proteção insuficiente decorrente do direito fundamental gera um estado de omissão inconstitucional submetido ao controle do Supremo Tribunal Federal. Isso ocorre não exatamente em razão da ausência de legislação, ou tendo em vista eventual mora do legislador em regulamentar determinada norma constitucional, mas quando o legislador atua de forma insuficiente, isto é, edita uma lei que cumpre apenas de forma parcial o comando constitucional. (sublinhei)

É imperiosa, desse modo, cumpre dizer, à conclusão pela validade da desconstituição da mensalidade, a constatação de melhoria da prestação previdenciária, em razão de novo tempo contributivo,

153 COIMBRA. *Direito Previdenciário Brasileiro*, p. 56.

154 Nessa Reclamação debateu-se a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93, que tratou dos critérios para a concessão do benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e à pessoa com deficiência (Rcl 4374, Relator: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 18/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-173 DIVULG 03-09-2013 PUBLIC 04-09-2013).

RE 661256 / SC

decorrente do retorno à atividade laboral sujeita ao regime geral. A par disso, há de ser aferido o resguardo do interesse dos segurados, coletivamente considerados, somente não sendo permitida a renúncia “quando a situação por ela criada causar um prejuízo ao interesse público (....)”.

Inviável, assim, restrição da proteção do direito à previdência social, notadamente quanto ao aspecto atinente ao cômputo do tempo de serviço ou de contribuição, que constitui direito prestacional¹⁵⁵.

A tal respeito Pereira Leite assinala, muito apropriadamente, parecer certo distinguir a assistência pública, em sentido amplo, da assistência inserida nos regimes de previdência social, uma vez que essa “*traduz inequívoco direito subjetivo do beneficiário, apesar dos condicionamentos estabelecidos em lei ordinária*”¹⁵⁶. À referência desse direito subjetivo do beneficiário, o ilustre doutrinador remete o leitor ao item 54 da sua obra, inserido no capítulo VIII (Eficácia da relação jurídica de Previdência Social) - que trata, entre outros, das prestações devidas pela autarquia previdenciária, quais sejam, os benefícios (prestações pecuniárias) e os serviços (prestações assistenciais) - , esclarecendo que o interesse não reside propriamente no conteúdo da prestação, mas na “*carga de exigibilidade (pretensão) do direito ao benefício e do direito ao serviço*”¹⁵⁷.

9.2. Além da imposição, aos aposentados que retornam para o trabalho, de recolhimento de contribuições previdenciárias, em decorrência do disposto nos artigos 12, § 4º, da Lei 8.212/91 e 11, § 3º, da Lei 8.213/91, e da proteção ao tempo de contribuição, insculpida no artigo 201, § 9º, da Constituição Federal, invoco, a título de reforço argumentativo, a possibilidade de retorno do servidor aposentado à atividade laboral, nos termos do **artigo 25 da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990**, que disciplina, nos regimes próprios, a reversão.

Conquanto as realidades dos regimes previdenciários do setor

155 ROCHA, Daniel Machado da. *O Direito Fundamental à Previdência Social na perspectiva dos Princípios constitucionais diretivos do sistema previdenciário brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

156 LEITE, João Antônio Guilembernardt Pereira. *Curso elementar de direito previdenciário*. São Paulo : Ltr, 1977, p. 21.

157 *Idem*, p. 124 .

RE 661256 / SC

privado e do setor público sejam “em muitos aspectos diferentes (...)”¹⁵⁸ - quanto, por exemplo, aos requisitos para a obtenção de aposentadoria, à obrigatoriedade de recolhimento de contribuições apenas para servidores públicos inativos e pensionistas do regime próprio, a forma de contribuição entre outros¹⁵⁹ -, é certo que os Poderes Executivo e Legislativo têm envidado esforços no sentido de aproximar os regimes geral e próprios, notadamente no que concerne à concessão de benefícios.

Não obstante, as distinções ainda existentes entre os regimes geral e próprios, bem como diferenças entre os institutos da desaposentação, de Direito Previdenciário, e da reversão, de Direito Administrativo, tais institutos guardam semelhança importante, uma vez que, em ambos, o aposentado retorna ao trabalho mediante contribuição para o regime a que sujeita a atividade, geral ou próprio, todos de repartição simples, de natureza estatutária e componentes do sistema público de previdência social, ou seja, tanto na reversão quanto na desaposentação, o aposentado volta a exercer uma atividade remunerada e, em face do exercício dessa atividade, volta a contribuir, por força de lei, ao respectivo regime.

Demonstra concordância com a similitude detectada – entre a reversão e a desaposentação – lição de Castro e Lazzari, *verbis*:

“No âmbito da Administração Pública Federal o assunto [desaposentação] é tratado como reversão, cujo conceito, previsto na redação atual do art. 25 da Lei n. 8.112/90, é o de retorno à atividade do servidor aposentado. A reversão está regulada pelo Decreto n. 3.644, de 30.11.2000. O servidor que retornar à atividade perceberá, em substituição aos proventos da aposentadoria, a remuneração do cargo que voltar a exercer e somente terá os proventos calculados com base nas regras atuais se permanecer pelo menos cinco anos no cargo. A reversão nada mais é do que a desaposentação, que possibilita ao servidor contar o tempo anterior para cálculo da nova

158 SARAIVA FILHO. *Contribuição Previdenciária de Aposentados e Pensionistas do Setor Público*, ob. cit., p. 287 e MODESTO, Paulo. *Reforma da Previdência e Regime Jurídico da Aposentadoria dos Titulares de Cargo Público*. In MODESTO, Paulo (org.), ob. cit. p. 26.

159 SAVARIS. *Direito Material Previdenciário – Noções Elementares*, pp. 542-543.

RE 661256 / SC

aposentadoria a se concedida futuramente. Outro precedente legal nesse sentido é o da Lei n. 6.903/81 [...]”¹⁶⁰

O doutrinador Marcus Orione Gonçalves Correia cita igualmente a reversão como exemplo da possibilidade de desfazimento de aposentadoria, *“mesmo que se trate de ato jurídico perfeito”*, transcrevendo todos *“os dispositivos pertinentes”* do artigo 25 da Lei 8.112/90¹⁶¹.

A Juíza do Trabalho Isabella Borges de Araújo entende ser possível aplicar à desaposentação a regra da reversão, por analogia, procedendo a uma interpretação favorável à admissibilidade de pleitos naquele sentido. Argumenta que se amparam, ambos os institutos, *“na desconstituição da jubilação, o que dá margem à seguinte dedução: se é possível o cancelamento da aposentadoria na chamada reversão, tal regra legal, a partir de uma interpretação analógica, deve também ser estendida e aplicada para possibilitar a desaposentação (ainda que esta se funde em motivos diferentes daqueles que geram a reversão), pois o que se exige tanto em um quanto em outro é de fato idêntico, ou seja, o desfazimento de uma aposentadoria já concedida”*¹⁶².

9.2.1. Rememoro, em reforço a essa ideia, o intuito da Lei nº 9.717, de 27/11/98, de estabelecer vedação à concessão de benefícios distintos nos regimes geral e próprios, visando justamente à igualdade entre tais regimes nesse particular. Essa a ideia ínsita ao artigo 5º dessa Lei nº 9.717/98 - que dispõe sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal e dá outras providências -, *verbis*:

160 CASTRO e LAZZARI. *Manual de Direito Previdenciário*, 2015, p. 688.

161 CORREIA. *Despensão – mais que um neologismo, uma realidade*. Também a advogada Helena Mizushima Wendhausen vê a reversão, prevista nesse preceito legal, como paradigma à desaposentação (*Aspectos controversos da desaposentação*. Revista Síntese Trabalhista, São Paulo, v. 218, p. 26-33, agosto, 2007).

162 ARAÚJO, Isabella Borges de. *Desaposentação no Direito Brasileiro*. Revista de Previdência Social, São Paulo, v. 31, n. 317, p. 341-350, abr. 2007.

RE 661256 / SC

Art. 5º Os regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal não poderão conceder benefícios distintos dos previstos no Regime Geral de Previdência Social, de que trata a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, salvo disposição em contrário da Constituição Federal.

Embora, pois, ainda sejam acentuadas as distinções entre os regimes geral e próprios, depreende-se desse dispositivo o objetivo inequívoco do legislador infraconstitucional de estabelecimento de isonomia entre os regimes relativamente à concessão de benefícios.

A propósito, várias reformas havidas no sistema previdenciário brasileiro nos últimos anos tiveram como escopo precípua a aproximação das regras do regime geral e dos regimes próprios, o que tem ganhado força nos debates referentes à reforma atualmente em debate.

O mencionado propósito foi referido na justificativa¹⁶³ do Projeto de Lei nº 7.154-B, de 2002, que foi uma das tentativas legislativas de previsão do direito à desaposentação:

A renúncia é ato unilateral que independe de aceitação de terceiros, e, especialmente, em se tratando de manifestação de vontade declinada por pessoa na sua plena capacidade civil, referentemente a direito patrimonial disponível. Falar-se em direito adquirido ou em ato jurídico perfeito, como tem sido alegado por aquele Instituto, é interpretar erroneamente a questão. Nesse caso, a garantia do direito adquirido e da existência de ato jurídico perfeito, como entendido naquele Instituto, só pode operar resultado contra o Poder Público, sendo garantia do detentor do direito.

Se a legislação assegura a renúncia de tempo de serviço

163 Disponível essa justificativa do PL 7.154-B em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=15B29BED19C64824_FF943E25F4680094.node2?codteor=397328&filename=Avulso+-PL+7154/2002 . Acesso em 5.10.2016.

RE 661256 / SC

de natureza estatutária para fins de aposentadoria previdenciária, negar ao aposentado da Previdência, em face da reciprocidade entre tais sistemas, constitui rematada ofensa ao princípio da analogia em situação merecedora de tratamento isonômico.

Esse tem sido o entendimento de reiteradas decisões judiciais em desarmonia com a posição intransigente da Previdência Social.

Por isso, é que se impõe a inclusão, na lei, dessa faculdade individual para evitar que o beneficiário da aposentadoria já concedida e que pretenda obter uma aposentadoria em outra atividade pública ou privada possa manifestar esse direito, sem ter de recorrer ao Judiciário para que seja declarada a litude de sua pretensão.

De todo exposto, é urgente que se institua o reconhecimento expresso, pela lei de regência da Previdência Social que regula os planos de benefícios, do direito de renúncia à aposentadoria por tempo de contribuição e especial, sem prejuízo para o renunciante da contagem do tempo de contribuição que serviu de base para a concessão do mesmo benefício.

O mesmo tratamento igualitário para os regimes geral e próprios também foi o fundamento para a apresentação do Projeto de Lei do Senado nº 91/2010:

O projeto de lei do senador Paulo Paim (PT-RS) que permite a renúncia da aposentadoria, para recálculo do benefício, teve aprovação ratificada na Comissão de Assuntos Sociais (CAS), nesta quarta-feira (10). A matéria (PLS 91/2010) precisou ser votada em turno suplementar por ter sido aprovada na forma de substitutivo, apresentado pelo senador Paulo Davim (PV-RN).

Aprovado em caráter terminativo, o projeto seguirá diretamente à Câmara dos Deputados, se não houver recurso para votação no plenário do Senado.

RE 661256 / SC

A possibilidade de desaposentadoria, como é chamado informalmente o mecanismo, já é assegurada aos servidores públicos pelo Regime Jurídico Único (Lei 8.112/1990), informou Paulo Paim. Por isso, ressaltou o autor, é necessário alterar a lei que trata dos Planos de Benefícios da Previdência Social (Lei 8.213/1991) para oferecer aos trabalhadores um “tratamento mais igualitário”¹⁶⁴.

Essas manifestações, agregadas ao teor do citado artigo 5º da Lei 9.717/98, contribuem, a meu ver, para o fortalecimento da tese de existência do direito à desaposentação.

O intuito, antes de tudo, é o de que a jurisprudência, como preconizado por Pereira Leite¹⁶⁵, antecipe caminhos à legislação previdenciária e que conforme “*as normas de Direito Previdenciário, no intento de afeiçoá-las à realidade social e identificá-las à Justiça*”. E a desaposentação, não há como negar, já se tornou uma realidade para muitas pessoas, conforme amplamente noticiado na mídia, a exemplo de periódicos *on line*¹⁶⁶.

9.3. Ainda a título de argumentação, reporto-me a alguns doutrinadores¹⁶⁷ que veem na previsão do § 9º do artigo 201 da Lei

164 Disponível em : <http://www.diap.org.br/index.php/agenda-politica/22047-comissao-aprova-projeto-de-paim-sobre-desaposentacao>. Acesso em 3.10.2016.

165 LEITE. *Curso elementar de direito previdenciário*, p. 53 .

166 Disponíveis em: <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/07/1788231-desaposentacao-ja-vira-realidade-na-justica-brasileira.shtml>;
<http://odia.ig.com.br/economia/2016-10-05/justica-corriga-aposentadoria-em-27.html>;
<http://www.diariosp.com.br/noticia/detalhe/94130/justica-continua-julgado-a-favor-da-desaposentacao>;
http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2016/05/09/internas_economia,530980/desaposentacao-ameaca-as-contas-da-previdencia.shtml.
<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/justica-federal-autoriza-desaposentacao>.
<http://www.conjur.com.br/2014-mai-01/desaposentacao-nao-obriga-segurado-devolver-valores-recebidos-anteriormente>. Acesso em 7.10.2016.

167 CASTRO e LAZZARI. *Manual de Direito Previdenciário*, 2013; BRAMANTE. *Desaposentação e nova aposentadoria*; SERAU JÚNIOR. *Desaposentação*; CUNHA FILHO.

RE 661256 / SC

Maior¹⁶⁸ “uma fonte formal invocável para a desaposentação”, que “não vem de encontro, mas ao encontro do instituto técnico (...)” e se reveste de “certo caráter de superdireito”¹⁶⁹.

Estabelece essa norma constitucional a contagem recíproca do tempo de contribuição na Administração Pública e na atividade privada, a fim de permitir a obtenção da aposentadoria a partir da soma do tempo da atividade privada, urbana ou rural, ao tempo da atividade no setor público, quando o segurado não atende, considerado apenas um dos regimes, os requisitos necessários à concessão do benefício.

O legislador tratou da matéria de forma propositadamente genérica a fim de que nenhum impedimento fosse criado ao reconhecimento desse importante direito social¹⁷⁰.

Exige o citado preceito constitucional que, em tais casos, de contagem recíproca do tempo de contribuição para efeito de aposentadoria, os diversos regimes de previdência social se compensem financeiramente, o que foi disciplinado pela Lei nº 9.796, de 5 de maio de 1999, a qual trata da compensação financeira entre o regime geral da Previdência Social e os regimes de previdência dos servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e regulamentada a aludida Lei pelo Decreto 3.112, de 6 de julho de 1999.

Em obra editada pelo Ministério da Previdência Social acerca da contabilidade nos regimes próprios de previdência, Diana Vaz de Lima, doutora em Ciências Contábeis, afirma a finalidade e o mecanismo da compensação previdenciária:

A compensação previdenciária surge como consequência

Desaposentação e nova aposentadoria e MARTINEZ. *Desaposentação*.

168 Art. 201, § 9º : Para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos regimes de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei (incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

169 MARTINEZ. *Desaposentação*, p. 36 e CUNHA FILHO. *Desaposentação e nova aposentadoria*.

170 BALERA. *A Seguridade Social na Constituição de 1988*, p. 100.

RE 661256 / SC

da previsão constitucional da contagem recíproca do tempo de contribuição e tem a finalidade de evitar que os regimes responsáveis pela concessão do benefício paguem integralmente os benefícios sem a respectiva compensação pelo tempo de filiação ao RGPS. O mecanismo da compensação previdenciária se dá por meio de um encontro de contas (direitos versus obrigações). Cada regime próprio (regime instituidor) tem direito de receber do RGPS (regime de origem) uma receita de compensação previdenciária. Todavia, se o RPPS tiver mais obrigações do que direitos, efetuará pagamento na forma de despesa de compensação previdenciária ao INSS, que é a entidade que administra o RGPS¹⁷¹.

No Plano de Benefícios da Previdência Social, o tema é disciplinado pelos artigos 94 a 99 da Lei 8.213/91, abrangendo os benefícios previstos nos regimes básicos de previdência.

Nos termos do § 1º do mencionado artigo 94, essa compensação financeira será feita, pelos demais regimes, ao regime a que vinculado o interessado à ocasião do requerimento da aposentadoria, porquanto o benefício resultante da contagem de tempo será concedido e pago por esse regime.

Dispõe o artigo 96 da Lei 8.213/91, por sua vez, a inadmissibilidade de contagem em dobro ou em outras condições especiais; a vedação de contagem de tempo de serviço público com o de atividade privada, quando concomitantes¹⁷²; a contagem do tempo anterior ou posterior à obrigatoriedade de filiação mediante indenização ao INSS pelas contribuições não recolhidas no período a ser reconhecido, bem como a inviabilidade de cômputo, por um regime, do tempo de serviço aproveitado para concessão de aposentadoria pelo outro. É importante

171 LIMA. Diana Vaz de. Contabilidade aplicada aos regimes próprios de previdência social. Brasília: MPS, 2005, p. 11-12. Disponível em: http://www.ieprev.com.br/arq/Contab_aplicada_regimes_proprios_MPS.pdf. Acesso em 19.8.2015.

172 Salvo, acrescento, as hipóteses de acumulação de cargos ou empregos admitidos pela Constituição.

RE 661256 / SC

ênfatisar que esse último preceito, constante do artigo 96, inciso III, da Lei nº 8.213/91, visa evitar o uso do mesmo tempo de contribuição para obtenção de mais de um benefício, o que não ocorre na desaposentação, vale reiterar, visto que uma das premissas dessa é a renúncia ao benefício que o aposentado vinha recebendo. Rocha e Baltazar Júnior, especificamente acerca desse dispositivo, asseveram que a vedação dele constante deve ser compreendida como *“referente apenas ao tempo empregado em benefício ativo, pois, se o segurado abdica de benefício mantido pelo sistema, a proibição deixaria de existir”*¹⁷³.

No mencionado artigo 201, § 9º, da Constituição Federal - concretizador de um dos objetivos da seguridade social, o da universalidade da cobertura e do atendimento (CF, artigo 194, parágrafo único, I) - identifica-se, naquilo que interessa à controvérsia, pelo menos um intento relevante do legislador: o de permitir a implementação do *“requisito básico de tempo de serviço para os benefícios que o exigem (aposentadoria por tempo de serviço ou contribuição)”*¹⁷⁴. Esse intuito revela a importância conferida ao tempo durante o qual o trabalhador verteu contribuições a algum dos regimes públicos de previdência e, em última análise, ao direito à prestação previdenciária, resguardando a materialização de tal direito, observado sempre o dever de compensação financeira entre os regimes de previdência para a preservação do equilíbrio financeiro do sistema como um todo.

O núcleo do direito inserto no artigo 201, § 9º, da Constituição da República - o respeito ao tempo de contribuição do trabalhador - tem sido prestigiado em várias decisões desta Suprema Corte, ao reconhecimento de que, exercidas *“atividades em condições insalubres à época em que submetido aos regimes celetista e previdenciário, o servidor público possui direito adquirido à contagem desse tempo de serviço de forma diferenciada e para fins de aposentadoria”*¹⁷⁵. Mais recentemente decidiu a Primeira

173 ROCHA e BALTAZAR JUNIOR. *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*, p. 313.

174 Idem, p. 302.

175 Supremo Tribunal Federal (STF). *A Constituição e o Supremo* [recurso eletrônico] / Supremo Tribunal Federal. – 4ª ed. – Brasília : Secretaria de Documentação, 2011. Disponível

RE 661256 / SC

Turma que *“A jurisprudência da Corte é no sentido de que o servidor que laborou em condições insalubres, quando regido pelo regime celetista, pode somar esse período, ainda que convertido em tempo de atividade comum, com a incidência dos acréscimos legais, ao tempo trabalhado posteriormente sob o regime estatutário, inclusive para fins de aposentadoria e contagem recíproca entre regimes previdenciários distintos”*¹⁷⁶.

Esse entendimento encontra respaldo em ideal de justiça social, porque preserva o período contributivo, *“patrimônio individual do trabalhador”*¹⁷⁷, assegurando-lhe o direito ao aproveitamento desse tempo para fins previdenciários, ainda que filiado, ao longo da vida, a regimes diversos¹⁷⁸.

A contagem recíproca de tempo de contribuição constitui, pois, um direito assegurado pela Constituição da República, sendo inafastável a compreensão de que *“O acerto de contas que deve haver entre os diversos sistemas de previdência social não interfere na existência desse direito, sobretudo para fins de aposentadoria”*¹⁷⁹.

em:<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoLegislacaoAnotada/anexo/constituicao>.

Acesso em 18.8.2015. O excerto transcrito integra a decisão proferida no RE 255.827, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 25-10-2005, Primeira Turma, DJ de 2-12-2005. Em igual sentido: RE 333.246-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 8-11-2011, Primeira Turma, DJE de 7-12-2011; RE 455.479-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 27-10-2009, Primeira Turma, DJE de 27-11-2009; AI 598.630-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 12-5-2009, Segunda Turma, DJE de 26-6-2009.

176 Supremo Tribunal Federal. RE 603581 AgR, Relator: Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 18/11/2014, acórdão eletrônico DJe-238 divulg 03-12-2014 public 04-12-2014.

177 BALERA. *A Seguridade Social na Constituição de 1988*, p. 100.

178 Consoante o RE 145810-8 e fundamentos lançados na ADI 1664-0, a contagem recíproca de que trata o artigo 201, § 9º, da Constituição Federal se refere aos períodos havidos em regimes previdenciários distintos.

179 Supremo Tribunal Federal. RE 255.827, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 25-10-2005, Primeira Turma, DJ de 2-12-2005. No mesmo sentido: RE 333.246-AgR, rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 8-11-2011, Primeira Turma, DJE de 7-12-2011. (Brasil. Supremo Tribunal Federal. A Constituição e o Supremo [recurso eletrônico] / Supremo Tribunal Federal. – 4ª ed. – Brasília : Secretaria de Documentação, 2011. Disponível em:

RE 661256 / SC

Assim, o artigo 201, § 9º, da Lei Maior e a Lei 9.796, de 5 de maio de 1999 - que regulamentou esse preceito constitucional, estabelecendo regras sobre a contagem recíproca -, reforçam a ideia de respeito, por parte do legislador, ao tempo de contribuição do trabalhador e, conseqüentemente, à ideia de reconhecimento do direito à desaposentação e concessão de nova aposentadoria.

9.4. Há ainda, por fim, quem entenda existir respaldo para o instituto em comento também no teor do **§ 1º do artigo 103 da Lei 8.112/90** (“O tempo em que o servidor esteve aposentado será contado apenas para nova aposentadoria”), ao argumento de que esse dispositivo confere efeito liberatório ao tempo de serviço aproveitado em uma aposentadoria para ser utilizado em outra¹⁸⁰.

9.5. O Direito comparado ampara igualmente a compreensão quanto à validade do instituto da desaposentação, reportando-se Ibrahim, em obra específica sobre o tema¹⁸¹, à existência de diversos países em que prevista em lei tal possibilidade:

“Portanto, diversos países, deixando de lado o rigor exacerbado da proteção ao ato jurídico perfeito, permitem sem maiores problemas o desfazimento do ato concessório da aposentadoria anterior e sua pronta conversão em prestação de maior valor. O debate sobre a desaposentação em tais lugares perde valor, pois a legislação já possibilita a revisão do benefício.

Também perde sentido, no Direito Comparado, o debate sobre a desaposentação visando averbação de tempo de contribuição em regime previdenciário distinto, pois a

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoLegislacaoAnotada/anexo/constituicao>. Acesso em 18.8.2015).

180 BRAMANTE. *Desaposentação e nova aposentadoria*, p. 150-155; MARTINEZ. *Desaposentação*, p. 83; COELHO, Hamilton Antônio Coelho. *Desaposentação: um novo instituto?* Revista de Previdência Social, Ano XXIII, nº 229, novembro de 1999 e CUNHA FILHO. *Desaposentação e nova aposentadoria*.

181 IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Desaposentação o Caminho Para Uma Melhor Aposentadoria*. 5ª ed. Ed. Impetus, 2011, pp. 87-89.

RE 661256 / SC

experiência internacional repudia a criação de regimes previdenciários diversos, como ocorre no Brasil para servidores públicos de cargo efetivo.

Em Portugal, a aposentadoria é livremente acumulável com rendimentos de trabalho, como no Brasil! Nas situações de cumulação, o montante da aposentadoria é aumentado em razão do novo tempo de contribuição. O acréscimo produz efeitos a partir de 1º de janeiro de cada ano, com referência aos valores recebidos no ano anterior.

Portugal traz justamente a ideia, a razão de ser da desaposentação - a utilização do novo período contributivo para a melhoria da prestação previdenciária. Ocorre o seguinte: o segurado não carece de renunciar a um para obter outro, mas simplesmente tem o mesmo benefício aumentado. É procedimento mais simples e adequado, pois facilita a percepção do incremento por parte do segurado.

Da mesma forma, o Canadá permite a continuidade do labor remunerado após a aposentadoria, sendo necessário ao segurado, à semelhança do sistema brasileiro, verter contribuições, mas tais valores serão utilizados para recálculo do benefício, sem prejuízo ao trabalhador, salvo se já percipiente de benefício pelo valor máximo.

Igualmente, o sistema previdenciário dos EUA possibilita a volta ao labor remunerado, mesmo que se esteja recebendo o benefício, ainda que reduzido pelo retorno ao trabalho, mas as contribuições feitas durante esse período são automaticamente computadas para o recálculo do benefício final, quando o segurado, efetivamente, deixar a atividade remunerada. Independente de solicitação, o benefício derradeiro considera as contribuições posteriores.

No Chile, em razão do sistema privado de previdência lá existente em substituição ao público, o direito à contagem do novo período contributivo é ainda mais evidente, pois o benefício é quantificado a partir do acúmulo de recursos na conta de capitalização individual do segurado. O segurado pode continuar recolhendo ao fundo de capitalização por

RE 661256 / SC

quanto tempo desejar.

Na Espanha, apesar de em regra ser vedado o retorno ao trabalho do aposentado, este pode optar por um benefício parcial, possibilitando assim o retorno ao trabalho. Neste contexto, o segurado permanece com o benefício reduzido, contribuindo para o sistema e, ao atingir o momento do derradeiro término da atividade remunerada, obterá o benefício pleno, contabilizando o tempo contributivo em benefício parcial. Tais regras de flexibilização da aposentadoria foram criadas pela Lei n 35, de 12 de julho de 2002.

O estudo do Direito Comparado nos permite concluir que a desaposentação, como simples renúncia ao benefício, poderia mesmo não existir, desde que a legislação permitisse a contagem do tempo de contribuição posterior para incremento do benefício, como visto em alguns países.

Todavia, para tanto, seria mister a previsão legislativa, o que não corre em solo pátrio.”

Em matéria lançada na mídia eletrônica Gazeta do Povo, intitulada “Desaposentadoria incentiva revisão no sistema previdenciário brasileiro”, esse mesmo autor reitera a informação de que outros países preveem, em sua legislação, recálculo automático do benefício considerando as contribuições realizadas após a aposentação¹⁸².

10. Ante tais fundamentos, julgo imperativo reconhecer o direito ao desfazimento da mensalidade previdenciária e ao cômputo do novo período contributivo, ressaltando tão somente que esse reconhecimento é insuscetível de ser estendido às pretensões de recálculo de proventos no regime próprio¹⁸³, porque a contribuição a esse regime não decorre da

182 Revista digital on line GAZETA DO POVO. *Desaposentadoria incentiva revisão no sistema previdenciário brasileiro*. Dezembro, 2012. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-direito/desaposentadoria-incentiva-revisao-no-sistema-previdenciario-brasileiro-27iisjfre0fcxfmduktb4zxam>. Acesso em 24.7.2015.

183 Rege especificamente a aludida situação, em que tanto o regime de origem quanto o

RE 661256 / SC

exação gravada nos artigos 12, § 4º, da Lei 8.212/91¹⁸⁴ e 11, § 3º, da Lei 8.213/91¹⁸⁵. É que minha conclusão pela existência do direito à renúncia e ao cômputo das novas contribuições foi pautada essencialmente no fato de ter sido imposto, por meio desses dispositivos, o dever de recolhimento de contribuições previdenciárias, o que concorreu para a incorporação dos trabalhadores aposentados à mesma situação jurídica geral e abstrata em que enquadrados os trabalhadores em geral, a lhes desencadear o direito à previdência social e, especificamente, à consideração do tempo de serviço ou de contribuição.

11. Considerado o reconhecimento do direito à renúncia da prestação previdenciária e ao cômputo da totalidade das contribuições aportadas ao regime geral, incumbe aferir a necessidade ou não de **devolução dos valores** recebidos pelo segurado, observados os princípios do equilíbrio atuarial e financeiro do sistema e da isonomia.

11.1. A divergência doutrinária e jurisprudencial acerca do tema é acirrada.

Alguns doutrinadores reputam desnecessária a devolução dos valores percebidos pelos aposentado em caso de desaposentação, porque a solidariedade não autorizaria tal devolução¹⁸⁶ ou porque ausente respaldo legal para tanto, à medida que inexistente fraude, erro ou ilegalidade na concessão da aposentadoria a que se renuncia¹⁸⁷.

regime instituidor é próprio, o artigo 25 da Lei 8.112/90, que trata da reversão.

184 Porquanto disciplinadores, os artigos 12, § 4º, da Lei 8.212/91 e 11, § 3º, da Lei 8.213/91, da situação de retorno do aposentado pelo RGPS, não incidentes, pois, às situações jurídicas em que enquadrados os servidores públicos.

185 Art. 11, § 3º, da Lei 8.213/91 “O aposentado pelo Regime geral da Previdência Social–RGPS que estiver exercendo ou que voltar a exercer atividade abrangida por este Regime é segurado obrigatório em relação a essa atividade, ficando sujeito às contribuições de que trata a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, para fins de custeio da Seguridade Social”

186 CORREIA, Marcus Orione Gonçalves e CORREIA, Érica Paula Barcha. *Curso de Direito da Seguridade Social*. 7ª. ed. - São Paulo: Saraiva, 2013, p. 325.

187 Entre esses, CASTRO e LAZZARI. *Manual de Direito Previdenciário*; IBRAHIM. *Desaposentação o Caminho Para Uma Melhor Aposentadoria*, pp. 97 e 99; SERAU JR. *Desaposentação*, p. 67.

RE 661256 / SC

Outra parcela da doutrina também se posiciona contrariamente à devolução das mensalidades, mas favoravelmente a algum ressarcimento à Autarquia, a título de indenização, como condição obrigatória para a reutilização do tempo de contribuição para nova aposentadoria, *“a fim de manter a isonomia do custeio da previdência social e o equilíbrio atuarial”*, resguardando tanto quanto possível a *“equação previdenciária originária”*¹⁸⁸. Entendem ser necessária alguma restituição ao erário, por força do princípio do equilíbrio atuarial e financeiro, mas não necessariamente no montante auferido.

Há, ainda, aqueles que entendem que *“nenhum método diverso da apuração do valor total de proventos recebidos, devidamente atualizados através da correção monetária, poderá recompor de forma integral o equilíbrio atuarial do sistema, e nem ensejar uma nova eficácia jurídico-previdenciária a um tempo de contribuição que já foi utilizado para a concessão de um benefício previdenciário”*¹⁸⁹. Semelhante entendimento, de que imperativa ao reconhecimento do direito à desaposentação a restituição dos valores atualizados da aposentadoria renunciada, perfilham Araújo (2007), Novaes (2003) e Duarte (2003). Martinez defende ser imprescindível o restabelecimento do *status quo ante* para que a desaposentação seja sustentável do ponto de vista técnico do seguro social e atenda aos seus objetivos. Diz que teria o Órgão gestor de reaver parte dos valores pagos para poder aposentar o trabalhador adiante¹⁹⁰.

Cunha Filho sustenta igualmente a tese da necessidade de devolução dos proventos recebidos, não em importância equivalente ao montante auferido do INSS, mas em valor resultante de fórmula instituída por meio de lei, em que sejam observados parâmetros que atendam aos princípios da isonomia entre os segurados e do equilíbrio atuarial do sistema. Argumenta não ser razoável a devolução integral do montante recebido ante o risco de que se acabe promovendo *“enriquecimento sem causa em*

188 DEMO, Roberto Luís. *Aposentadoria. Direito disponível. Desaposentação. Indenização ao sistema previdenciário*. In *Revista de Previdência Social*, Ano XXVI, nº 263, outubro de 2002, p. 887-890.

189 COLNAGO. *Desaposentação*, p. 784-802.

190 MARTINEZ. *Desaposentação*, p. 61.

RE 661256 / SC

sentido inverso”¹⁹¹.

Rocha e Baltazar Jr. entende que, nos casos em que o segurado postula o cômputo do período trabalhado em concomitância com a aposentadoria, os valores recebidos durante o período da aposentadoria original deveriam ser restituídos¹⁹², enquanto Nery compreende que deveriam ser devolvidos os valores recebidos entre o primeiro pedido de aposentadoria e o segundo pedido (desaposentadoria)¹⁹³.

Na Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais e nos Tribunais Regionais Federais, a divergência foi abrandada – praticamente inexistindo nos dias atuais – após o julgamento do Recurso Especial Representativo da Controvérsia 1.334.488/SC, oportunidade em que o Superior Tribunal de Justiça admitiu a desaposentação, entendendo desnecessária a devolução dos proventos alusivos à primeira aposentação, ao fundamento de que *“Os benefícios previdenciários são direitos patrimoniais disponíveis e, portanto, suscetíveis de desistência pelos seus titulares, prescindindo-se da devolução dos valores recebidos da aposentadoria a que o segurado deseja preterir para a concessão de novo e posterior jubramento”*, porque, *“enquanto esteve aposentado, o segurado fez jus aos proventos”*¹⁹⁴.

A Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, até ter sido admitido, pelo STJ, em 19.6.2012, incidente de uniformização em relação à matéria, julgava imperiosa a restituição do montante equivalente à aposentadoria abdicada em hipóteses como a destes autos.

Em 2014 esse incidente foi julgado por essa Corte superior, que concluiu pelo reconhecimento do direito à desaposentação e à nova aposentadoria, sem necessidade de devolução dos valores da

191 CUNHA FILHO. *Desaposentação e nova aposentadoria*.

192 ROCHA e BALTAZAR JUNIOR. *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*, p. 228.

193 NERY. *A decisão de R\$ 70 bilhões: sobre constitucionalidade, ausência de omissão legislativa e riscos fiscais da desaposentadoria*.

194 Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.334.488/SC, Relator Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe de 14.5.2013.

RE 661256 / SC

aposentadoria renunciada:

“PREVIDENCIÁRIO. INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE INTERPRETAÇÃO DE LEI FEDERAL. POSSIBILIDADE DE RENÚNCIA DA APOSENTADORIA A FIM DE SE APROVEITAR O TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO NO CÁLCULO DE NOVA APOSENTADORIA NO MESMO REGIME PREVIDENCIÁRIO OU EM REGIME DIVERSO. DESNECESSIDADE DE RESTITUIÇÃO AOS COFRES PÚBLICOS DO NUMERÁRIO DESPENDIDO PELA ADMINISTRAÇÃO COM O PAGAMENTO DO BENEFÍCIO OBJETO DA RENÚNCIA. PARECER DO MPF PELO PROVIMENTO DO INCIDENTE. INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO PROVIDO. 1. Esta Corte Superior, no julgamento do Recurso Especial Representativo da Controvérsia 1.334.488/SC, pacificou o entendimento de que é possível ao segurado renunciar à sua aposentadoria e reaproveitar o tempo de contribuição para fins de concessão de benefício no mesmo regime previdenciário ou em regime diverso, estando dispensado de devolver os proventos já recebidos. 2. Incidente de Uniformização provido para fazer prevalecer a orientação ora firmada e, por consequência, reformar a decisão recorrida para julgar procedente o pedido de reconhecimento da desaposentação do autor e a concessão de nova aposentadoria, computando-se os salários de contribuição subsequentes à aposentadoria a que se renunciou, sem necessidade de devolução dos valores da aposentadoria renunciada (PETIÇÃO Nº 9.231 - DF (2012/0117784-7, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgamento em 12.03.2014, Dje de 20.03.2014) .

Desde então a Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais tem decidido no sentido fixado pelo Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

PREVIDENCIÁRIO.

DESAPOSENTAÇÃO.

RE 661256 / SC

POSSIBILIDADE. QUESTÃO DE ORDEM N. 20/TNU. INCIDENTE CONHECIDO E PROVIDO.

(...)

18. Assim, **em que pese o entendimento pessoal deste relator**, no sentido de que a percepção de benefício previdenciário pelo RGPS impediria a possibilidade do aproveitamento do respectivo tempo ali utilizado para fins de percepção de benefício em outro regime, registro que foi exatamente esse o principal fundamento do acórdão reformado pelo precedente acima transcrito, sendo **forçoso**, pois, **observar-se a jurisprudência pacificada pela Corte Superior de Justiça**, na medida em que, conforme enfatizado pelo eminente relator do REsp 1401755/SP, “A força vinculante do acórdão proferido em representativo da controvérsia impõe o julgamento de procedência do pedido recursal”.

19. Assim, considerando-se o que decidido pelo STJ em sede de Recurso Repetitivo representativo de controvérsia, **entendo ser o caso de dar-se provimento ao presente pedido de uniformização para declarar-se o direito da parte-requerente à renúncia a sua atual aposentadoria, sem devolução dos valores recebidos, e ao cômputo do tempo de serviço/contribuição já considerado na concessão do benefício renunciado, para fins de obtenção da nova aposentadoria.**

20. Tal conclusão decorre, a contrário senso, do exame da Questão de Ordem nº 24 desta TNU: “Não se conhece de incidente de uniformização interposto contra acórdão que se encontra no mesmo sentido da orientação do Superior Tribunal de Justiça, externada em sede de incidente de uniformização ou de recursos repetitivos, representativos de controvérsia. (Aprovada na 5ª Sessão Ordinária da Turma Nacional de Uniformização, dos dias 13 e 14.09.2010)”.

21. Portanto, se a hipótese de o acórdão recorrido estiver confluyente com a orientação do STJ manifestada em sede de recursos repetitivos, representativos de controvérsia, enseja o não conhecimento do pedido de uniformização, por lógico, o acórdão contrário à orientação enseja o conhecimento e

RE 661256 / SC

provimento do pedido, por imperativa prevalência do entendimento consagrado pelo STJ.

22. Neste sentido é que o Regimento Interno desta TNU prevê a devolução dos feitos à TR de origem, para adequação, mesmo “antes da distribuição”, quando “versarem sobre questão já julgada pela Turma Nacional de Uniformização, pelo Superior Tribunal de Justiça em incidente de uniformização ou recurso repetitivo” (art. 7º, VIII).” - **Logo, ressalvado o posicionamento contrário deste Relator, revela-se possível a renúncia à aposentadoria concedida para computar período contributivo utilizado, conjuntamente com os salários de contribuição da atividade em que permaneceu trabalhando, para a concessão de posterior e nova aposentação, sem devolução de valores.**

- Desse modo, deve o Acórdão recorrido ser anulado com o retorno dos autos à Turma de origem, nos termos da Questão de Ordem nº 20/TNU, para que seja proferido novo julgamento de acordo com a tese jurídica ora fixada. - Por conseguinte, CONHEÇO e DOU PROVIMENTO ao incidente. (PEDILEF 201451510028788, TNU, Relator Juiz Federal Frederico Augusto Leopoldino Koehler, Julgado em 18/02/2016, publicado no DOU em 29/04/2016)

À exceção do Tribunal Regional Federal da 2ª Região – que tem indeferido o pleito de desaposentação¹⁹⁵ ou reconhecido o direito à

195 PREVIDENCIÁRIO. PEDIDO DE RENÚNCIA À APOSENTADORIA. IMPOSSIBILIDADE. ADOÇÃO DA ORIENTAÇÃO FIRMADA PELA EG. PRIMEIRA SEÇÃO DESTA CORTE, EM QUE PESE ORIENTAÇÃO DIVERSA DO EG. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECONHECIMENTO DA REPERCUSSÃO GERAL DO TEMA PELO PRETÓRIO EXCELSO, A QUEM CABERÁ FIXAR O ENTENDIMENTO DEFINITIVO SOBRE A MATÉRIA. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Em que pese a orientação do eg. STJ, tem prevalecido no âmbito da Primeira Seção Especializada, que é órgão destinado à uniformização de jurisprudência nesta Corte, o entendimento de que no Regime Geral da Previdência Social não há possibilidade legal de renúncia. 2. Assinale-se que o eg. STF reconheceu a repercussão geral do tema, de modo que caberá ao Pretório Excelso a fixação do entendimento definitivo sobre a matéria. 3. Apelação não provida (Apelação Cível - Nº

RE 661256 / SC

renúncia ao benefício previdenciário, mas com efeitos *ex tunc* – , os demais têm decidido em conformidade com o entendimento pacificado no STJ.

11.2. Em princípio, estava inclinada a compreender que escaparia à competência deste Poder Judiciário o estabelecimento de contornos em relação a este tema, cabendo ao Poder Legislativo ou Executivo, e não a este Poder, à falta de amparo legal, estipular limites na seara em exame, principalmente em razão da necessidade de avaliação¹⁹⁶, com o rigor técnico demandado pela complexidade da matéria, das muitas variáveis que permeiam o debate e dos aspectos imprescindíveis à fixação de critérios e parâmetros equânimes¹⁹⁷.

Ademais, ponderei sobre o risco de o Judiciário, ao condicionar a desaposentação à devolução dos proventos recebidos - no afã de evitar ou minimizar desequilíbrio atuarial e financeiro do sistema -, atuar como legislador positivo, “procedendo a decisões políticas”, como pontuado por Pereira¹⁹⁸:

Alguns juízes e tribunais, cientes de suas responsabilidades para com o equilíbrio das contas da previdência, condicionam a desaposentação à devolução dos valores recebidos a título de proventos, desfazendo o ato de concessão da aposentadoria por completo, com o retorno das partes ao *status quo ante*.

CNJ : 0058212-25.2012.4.02.5101 (2012.51.01.058212-5). RELATORA: Desembargadora Federal SIMONE SCHREIBER).

196 Notadamente “sopesando-se as combinações matemáticas possíveis de tipos de planos, regimes financeiros, tábuas de mortalidade, modalidades de renda inicial, etc” (MARTINEZ. *Desaposentação*, p. 112).

197 Wladimir Martinez a esse respeito assinala que “um critério previdenciariamente justo ser levado a efeito pelo Poder Executivo ou Legislativo, mediante norma regulamentadora ou lei que estabeleça regras baseadas em cálculos matemáticos e em que sejam observados a distinção entre a desaposentação havida dentro de um mesmo regime ou entre regimes, os diferentes tipos de planos e os regimes financeiros de cada um” (MARTINEZ. *Desaposentação*, pp. 108 e 112.)

198 PEREIRA. Eduardo Ferreira. *Desaposentação: análise a partir de princípios constitucionais*. Revista da AGU - Advocacia-Geral da União - nº 30, ANO X - Brasília-DF, out./dez. 2011, pp. 152-153.

RE 661256 / SC

Se, por um lado, é louvável a iniciativa de manter sustentável o sistema previdenciário, por outro se verifica uma atuação do Judiciário como verdadeiro legislador positivo.

(...)

De fato, a estipulação de fórmulas e cálculos para preservação do equilíbrio financeiro e atuarial é questão técnica e política, que deve ser reservada ao legislador e ao executivo. Faz-se necessária a análise de dados estatísticos, com previsões de riscos e expectativas, além da tomada de decisões que envolvem o orçamento da previdência. É provável que os juízes não conheçam os limites e as possibilidades do orçamento e não estimem da maneira correta o impacto das revisões para o futuro. De igual modo, a ampliação de benefícios em maior ou menor medida é uma decisão política.

Ao exame detido do tema, contudo, entendi que a exigência e a orientação geral propostas pelo Ministro Relator, a par de viabilizarem solução para esta difícil controvérsia, encontram amparo, em alguma medida, no ordenamento jurídico pátrio, pelo que o acompanhamento - com as ponderações que faço -, por compreender imprescindível que este Supremo Tribunal, ao reconhecimento do direito, imponha-lhe balizas, em prestígio aos princípios constitucionais referidos no tópico antecedente.

11.2.1. Concorde com a assertiva de que *“viola o princípio da isonomia que aqueles que tenham passado à inatividade precocemente desfrutem de situação mais favorável do que aqueles que permaneceram mais tempo em atividade, sem se beneficiarem do sistema previdenciário”* (fls. 35-36 do voto condutor). Efetivamente, assim como reputei não isonômico o valor diferenciado atribuído às contribuições previdenciárias recolhidas por trabalhadores alocados em contextos contributivos idênticos – a depender se efetivadas por trabalhadores aposentados ou não –, também tenho como não isonômica a possibilidade de que trabalhadores submetidos ao mesmo regime, vinculados muitas vezes a um mesmo empregador, recebam da Autarquia previdenciária, em iguais circunstâncias

RE 661256 / SC

jurídicas¹⁹⁹, retribuições diferentes²⁰⁰, a depender da opção ou não pela desaposentação. Tal situação efetivamente acarretaria ofensa ao princípio da isonomia, insculpido no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, entre os trabalhadores que se aposentaram precocemente e aqueles que permaneceram prestando serviços.

Essa compreensão atende ao que Dworkin denomina de decisão de princípio, *“sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional”*, a qual se contrapõe às decisões políticas, *“sobre como se promove melhor o bem-estar geral”*. Na visão desse filósofo do Direito, o Tribunal deve tomar decisões de princípio, *“elaborando e aplicando a teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais”*.

A exigência proposta pelo Relator - *“de que sejam levados em conta os proventos já recebidos por parte do interessado”* - encontra fundamento no artigo 195, I, da Constituição Federal, que consagra o **princípio da universalidade** da cobertura e do atendimento e consiste, na precisa lição de Wagner Balera, *“na específica dimensão do princípio da isonomia (garantia estatuída no art. 5º da Lei Maior), na Ordem Social. É igual proteção a todos”*²⁰¹. Esse preceito impõe igualdade, no âmbito da Previdência Social, na extensão da proteção social devida aos segurados, não podendo ser conferido a esses tratamento diferenciado, a traduzir favorecimento de uns em detrimento de outros. A dimensão da universalidade do atendimento - que se refere aos sujeitos protegidos - significa que todas as pessoas, indistintamente, são credoras da proteção social, não podendo ser estendida a alguns retribuição mais ampla que a ofertada a outros, de forma desarrazoada. O comando posto pelo Relator, então, concretizaria o princípio da isonomia insculpido nos **artigos 5º, caput, e 201, caput e § 1º, da Constituição Federal**.

11.2.2. Também a preocupação, exteriorizada pelo Ministro Relator,

199 Tanto em relação ao tempo de contribuição quanto em relação a outras variáveis relevantes ao cálculo do benefício pretendido.

200 DEMO. *Aposentadoria. Direito disponível. Desaposentação. Indenização ao sistema previdenciário*, p. 888.

201 BALERA. *A Seguridade Social na Constituição de 1988*, p. 36.

RE 661256 / SC

com a incolumidade do sistema previdenciário há de ser considerada, para evitar que a decisão implique violação do **princípio constitucional do equilíbrio financeiro e atuarial**, que esvaziaria, ao fim, não apenas o direito dos demandantes à prestação previdenciária, mas também o direito previdenciário das gerações futuras²⁰².

A potencialidade dessa ofensa é alardeada pela Autarquia, ao argumento de que eventual decisão favorável aos aposentados importará impacto que poderá chegar a R\$ 181,8 bilhões nos próximos 30 anos, considerando projeções de expectativa de vida e os benefícios ainda não judicializados²⁰³. No pedido de suspensão, o INSS reporta-se, ainda, à tramitação de 182,1 mil ações judiciais sobre o tema e à existência de cerca de 480 mil aposentados ainda trabalhando²⁰⁴.

O IBDP, *amicus curiae* neste feito, discorda do déficit financeiro apresentado pela Autarquia, argumentando que “Esse número leva em consideração a hipótese de todas as pessoas que permaneceram trabalhando tenham desaposentação vantajosa, o que não confere com a realidade”, uma vez que só solicitará a troca do benefício quem contribuiu depois da jubilação. Afirma, ainda, não ser significativo o alegado impacto de 6 bilhões ao ano²⁰⁵, representando esse montante tão somente “1,53% do que a

202 Alude o INSS à tramitação de 182,1 mil ações judiciais sobre o tema e à existência de cerca de 480 mil aposentados ainda trabalhando. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/398586>. Acesso em 4.10.2016. Agrega-se a esse alardeado impacto financeiro e atuarial sobre o sistema a possibilidade de elevação – pelo menos inicialmente – de demandas judiciais em busca da desaposentação, em decorrência das alterações promovidas pela Medida Provisória 676/2015, convertida na Lei 13.183/2015, que dispõe sobre a “Regra 85/95 Progressiva”.

203 Disponível em: http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/398586. Acesso em 4.10.2016.

204 Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/398586>. Acesso em 4.10.2016.

205 A Procuradoria-Geral Federal (PGF), órgão da AGU que representa o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), estima que uma decisão favorável à possibilidade de desaposentação representaria um acréscimo imediato de R\$ 7,65 bilhões por ano no déficit da Previdência. Disponível em: http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/398586. Acesso em 4.10.2016.

RE 661256 / SC

*Previdência gasta anualmente com benefícios*²⁰⁶.

A esse respeito alerta Nery que as pessoas alcançadas por decisão favorável à desaposentação pode ser bem maior que aquelas abrangidas nas ações que tramitam no Poder Judiciário²⁰⁷, *“considerando que deve levar muitos trabalhadores que já são elegíveis a se aposentar; muitos aposentados que não trabalham a voltar ao mercado de trabalho formal; e muitos segurados a buscar judicialmente compensações por terem seguido as regras vigentes (tendo eles já se aposentado ou não)*²⁰⁸.

A tais circunstâncias, potencialmente hábeis a abalar o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema, agrega-se a possibilidade de elevação de demandas judiciais em busca da desaposentação²⁰⁹ - em um primeiro momento -, em decorrência das alterações promovidas pela Medida Provisória 676/2015²¹⁰, o que deve diminuir, nos anos futuros, com a progressividade da fórmula 85/95, segundo a qual, até 30 de dezembro 2018, o (a) trabalhador (a) poderá se aposentar por tempo de contribuição, sem incidência do fator previdenciário, se atingir a soma de 85 pontos, se mulher, exigido o mínimo de 30 anos de contribuição, e 95 pontos, se homem, exigido o mínimo de 35 anos de contribuição. Muitos advogados, a propósito, já vêm defendendo a possibilidade de os aposentados que começaram a trabalhar precocemente - tendo passado à inatividade, via de consequência, com pouca idade - buscarem judicialmente, a partir da desaposentação, um novo benefício calculado sem o fator previdenciário com base na nova regra 85/95, instituída, pela mencionada MP, para concessão da aposentadoria.

206 Disponível em: <http://www.ibdp.org.br/noticia.php?n=2297>. Acesso em 4.10.2016.

207 Estimadas as ações judiciais, à época em que escrito o artigo, em 123 mil.

208 NERY. *A decisão de R\$ 70 bilhões: sobre constitucionalidade, ausência de omissão legislativa e riscos fiscais da desaposentadoria*.

209 Consoante a EBC Radioagência Nacional, *“As novas regras da aposentadoria provocaram uma corrida aos tribunais pela desaposentação, pressionando o Supremo Tribunal Federal (STF) a decidir sobre a matéria, segundo especialistas”*. Disponível em: <http://radioagencianacional.ebc.com.br/geral/audio/2015-07/nova-regra-faz-stf-julgar-desaposentacao>. Acesso em 14.10.2016.

210 Convertida na Lei 13.183/2015, que dispõe sobre a “Regra 85/95 Progressiva”.

RE 661256 / SC

Assim, alinho-me à proposta de que sejam aferidos os fatores idade e expectativa de vida, ao cálculo da nova mensalidade, ao momento da *“aquisição da primeira aposentadoria”*, com vista a impedir a deturpação da finalidade de tais fatores.

Essa determinação pode ser respaldada, em alguma medida, como já dito, pela própria Lei 8.213/91, que, no § 7º do art. 29, estabelece as variáveis a serem consideradas no cálculo do fator previdenciário e o momento da sua aplicação (*“O fator previdenciário será calculado considerando-se a idade, a expectativa de sobrevida e o tempo de contribuição do segurado ao se aposentar, segundo a fórmula constante do Anexo desta Lei”*)²¹¹.

Consoante assentado à definição do que compreendido, pela doutrina, como desaposentação, esse instituto não implica renúncia ao benefício em si, *“que permanece íntegro, embora inerte; o que pretende o requerente é a sustação dos seus efeitos jurídicos (pagamento das mensalidades)”*. Não diz com o ato de aposentação, com o direito à jubilação propriamente dita, mas com a expressão monetária desse benefício, a qual visa o aposentado a ampliar mediante a soma dos períodos contributivos.

Considerando, então, que a desaposentação não importa em desconstituição do ato concessório do benefício²¹² – não se referindo a renúncia à jubilação propriamente dita, mas à expressão monetária do benefício²¹³ –, não há falar em um novo vínculo, substitutivo do anterior. Situação diversa é o que ocorre, cumpre dizer, na reaposentação – hipótese do RE 827833 –, em que a segurada pretende a substituição da sua aposentadoria por tempo de contribuição por uma aposentadoria por idade, implicando, aí sim, um novo vínculo com a Previdência.

211 Incluído pela Lei 9.876, de 26.11.99.

212 Consoante, assinale-se, entendimento doutrinário majoritário sobre o instituto.

213 Conforme memorial do IBDP (*amicus curiae*), entregue em 24/10/16, a renúncia, no caso, refere-se à “continuidade do pagamento do benefício e de seu recebimento e não a do tempo de contribuição ou do direito até ali adquirido. Pretende o aposentado, na desaposentação, como já dito, tão somente tornar a aposentadoria, já deferida, mais vantajosa a partir da consideração, nas mensalidades desse benefício, das contribuições recolhidas no período subsequente à aposentadoria.

RE 661256 / SC

A jurisprudência desta Corte já pacificou o entendimento de que se aplicam as normas previdenciárias vigentes ao tempo da reunião dos requisitos de passagem para a inatividade. A incidência das regras em vigor à época da aposentação, contudo, importaria, em hipóteses como a debatida, no esvaziamento do próprio direito ao tempo de contribuição, não obstante reconhecido esse ante o plexo de normas jurídicas que o asseguram. Para, então, não inviabilizar o direito fundamental à previdência social e ao tempo de contribuição, razoável a autorização de recálculo da mensalidade com base no artigo 29, § 7º, da Lei 8.213/91, aferindo-se a variável tempo de contribuição na oportunidade em que completado o segundo período contributivo e as demais variáveis, idade e expectativa de sobrevida do segurado, no momento determinado por essa lei, a saber, aquele em que firmado o ato concessório – único em tais casos – do benefício previdenciário. Coincide, tal momento, assim, com aquele indicado pelo eminente Relator, pelo que o acompanhamento com essas achegas.

12. Ante os fundamentos expostos, acompanho o Relator, ao exame do **caso concreto**, quanto à rejeição da arguição, pelo Ministério Público, de **nulidade** dos acórdãos recorridos em face da inobservância do artigo 97 da Constituição Federal e da Súmula Vinculante 10 desta Suprema Corte.

Acompanho-o também no **mérito**.

O autor desta ação ordinária obteve, em 1992, aposentadoria especial, após 27 anos de contribuição, e permaneceu na atividade remunerada até 2006 – requerendo a concessão de majoração do benefício com DIB em 21.9.2006 –, ausente, no acórdão recorrido, menção à prestação de serviços, no período subsequente, em atividade nociva ou prejudicial à sua saúde.

O inconformismo do INSS, veiculado no recurso extraordinário destinado a infirmar o acórdão do Tribunal Regional Federal, centra-se basicamente na alegação de que essa decisão ignora a constitucionalidade e a imperatividade do artigo 18, § 2º, da Lei 8.213/91 e desrespeita o inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal. Enfatiza a Autarquia que a

RE 661256 / SC

desaposentação, além de ofender o princípio da solidariedade, previsto nos artigos 40, 194 e 195 da Constituição Federal, contraria a isonomia entre os segurados (artigos 5º, *caput*, e 201, § 1º, da Constituição Federal) e concorre para o enriquecimento ilícito do que postula o novo benefício.

O principal argumento do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS no recurso extraordinário interposto contra a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça é o de que o reconhecimento do direito à renúncia à aposentadoria e à concessão de outra, com base no tempo de serviço anterior e posterior à aposentação, sem a devolução dos benefícios recebidos, implicou violação dos artigos 5º, inciso XXXVI, 194, *caput* e incisos V e VI, 195, *caput* e § 5º, e 201, *caput*, da Constituição Federal, porque expressamente vedado tal direito pelo artigo 18, § 2º, da Lei 8.213/91.

Impositivo, ante os fundamentos expendidos à apreciação da causa em abstrato, o reconhecimento do direito ao desfazimento da prestação previdenciária concedida no regime geral, não vedado, tal desfazimento, pelo artigo 18, § 2º, da Lei 8.213/91, bem como ao cômputo, na mensalidade previdenciária, do tempo de contribuição aportado ao regime geral após a aposentadoria, observadas as exigências estabelecidas no voto condutor. Imperativo, ainda, confirmar o comando, do STJ, de retorno dos autos ao Tribunal de origem para análise dos requisitos previstos na norma previdenciária necessários à majoração do benefício.

Não reputo violados tanto esse preceito quanto os dispositivos apontados, invocados em ambas as razões recursais, em face dos fundamentos explicitados alhures e aqueles que ora reitero.

Não foram maculados pela Corte de origem os artigos 194, *caput*, e 195, *caput*, da Lei Fundamental, porquanto tão somente definem a seguridade social e a obrigação de toda a sociedade financiá-la, não retirando do aposentado que retorna ao trabalho e, em razão do exercício de atividade laboral, volta a contribuir para o sistema, o direito de obter da previdência alguma contraprestação, ainda que destinadas as contribuições ao custeio geral do sistema. Reitero que, embora nem todos os contribuintes do regime geral sejam beneficiários de prestações

RE 661256 / SC

ou serviços, os segurados classificados pela Lei 8.213/91 como obrigatórios são beneficiários, porque dessa lei *"exige a participação no custeio, bem como lhes concede, em contrapartida, benefícios e serviços, quando presentes os requisitos para a concessão"*. Tais segurados são aqueles *"que devem contribuir compulsoriamente para a Seguridade Social, com direito aos benefícios pecuniários previstos para a sua categoria"*.²¹⁴ Com efeito, a obrigatoriedade de participar do custeio do sistema, autorizada pelo artigo 195, II, da Constituição Federal, decorre do caráter solidário e contributivo do sistema previdenciário e gera para os segurados obrigatórios algum benefício, não havendo falar em ofensa aos incisos V e VI e § 5º do artigo 195 da Constituição Federal.

Reconhecido o direito - desde que *"sejam levados em conta os proventos já recebidos por parte do interessado"* - e aferidos os fatores idade e expectativa de vida, para fins do pretendido recálculo da mensalidade, ao momento da aquisição da *"primeira aposentadoria"*, tenho como afastada a indigitada ofensa aos artigos 5º, *caput*, e 201, *caput* e § 1º, da Constituição Federal, porquanto a solução proposta nos aludidos termos visa justamente a resguardar o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema e dar concretude ao princípio da isonomia entre os trabalhadores que se aposentaram precocemente e aqueles que permaneceram prestando serviços.

Tampouco cogito de violação do inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal, porque, como já assentado, o princípio do ato jurídico perfeito não pode conduzir ao desprezo do direito previdenciário assegurado constitucionalmente ao trabalhador que, em razão do exercício de atividade submetida ao RGPS, deve contribuir para a previdência social.

Por fim, a alegação de desrespeito ao artigo 40, *caput*, da Constituição Federal é impertinente ao debate por se referir ao princípio da solidariedade nos regimes próprios.

12.1. Ante o exposto, acompanho o Relator, com as ressalvas e acréscimos à fundamentação propostos, para, no caso concreto, **dar**

214CASTRO e LAZZARI. *Manual de Direito Previdenciário*, p. 155.

RE 661256 / SC

provimento parcial a ambos os recursos extraordinários.

13. Em sede de repercussão geral, alinho-me igualmente à tese assentada no voto condutor, registrando, tão somente, minha ressalva quanto à inviabilidade de extensão do reconhecimento do direito à desaposentação às pretensões de recálculo de proventos no âmbito dos regimes próprios, nos termos da fundamentação.

Este é o meu voto.

26/10/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 661.256 SANTA CATARINA

APARTE

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Ministra Rosa, só para relembrar a Presidência, por esta impugnação feita pelo Subprocurador-Geral é que eu fiz subir um outro recurso, o RE 827.833, em que a matéria foi objeto de deliberação em Plenário para que uma questão procedimental não impedisse o Tribunal de apreciar o mérito. Essa é a única explicação para termos este segundo processo.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - E eu só estou fazendo estas distinções em função do meu voto no final.

26/10/2016**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 661.256 SANTA CATARINA****EXPLICAÇÃO**

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - De qualquer sorte, Senhora Presidente, nós temos três processos com três situações que apresentam as distinções que acabo de fazer.

No caso do Ministro Marco Aurélio, quatro seguradas que trabalharam mais de trinta anos foram aposentadas, continuaram prestando serviços e pretendem um novo benefício ou o mesmo benefício com maior valor, considerados o período anterior e o período posterior.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Ou seja, desfaz-se o que fez antes, considera-se agora o todo.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Isso. E veio o processo com juízo de improcedência desde o primeiro grau, percorrendo as instâncias com juízo de improcedência. O eminente Relator propõe o provimento do recurso, o que implica consequentemente juízo de procedência dos pedidos deduzidos.

No caso em repercussão geral, a situação é diversa. O segurado, depois de ter obtido uma aposentadoria especial com 27 anos de contribuição, após alguns anos voltou a trabalhar, e pretende agora não mais uma aposentadoria especial, pretende uma aposentadoria integral, considerados ambos os períodos. Perdeu em primeiro grau, houve reforma em parte do decidido no Tribunal Regional Federal, com o provimento parcial da apelação, e, no STJ, ele obteve um provimento mais amplo. Mas, aqui, há detalhe que me parece importante, Presidente: tanto o Tribunal Regional Federal da 4ª Região quanto o STJ se limitaram a julgar possível, a autorizar, a reconhecer a possibilidade de renúncia à aposentadoria especial e determinar o retorno dos autos ao primeiro grau, para que se aprecie o preenchimento, ou não, dos requisitos ao novo benefício pretendido. Então, na verdade, em nenhum desses processos foi emitido juízo de valor quanto ao fato de terem os requisitos ao novo benefício sido preenchidos.

RE 661256 / SC

No terceiro processo, como já destaquei, a situação é diversa: obtida aposentadoria por tempo de serviço, com posterior retorno ao trabalho e, no novo trabalho, em função do novo trabalho, implemento dos requisitos à aposentadoria por idade, no caso, 70 anos, e mais 17 anos de contribuição. Ou seja, pretende-se abrir mão, cancelar, como ela diz, o primeiro benefício para fazer jus a um novo benefício, considerados exclusivamente o tempo de serviço e as contribuições do segundo período trabalhado. Então, trata-se de situação diversa.

Senhora Presidente, como eu disse, o tema é complexo e comporta visões diferentes. Os votos anteriores já levam a um placar de dois a dois. Eu pedi vista dos autos em outubro de 2014 e os devolvi em dezembro de 2015. Passei um ano estudando o processo a partir de dúvida que me surgiu naquela sessão de julgamento, pois já tinha firmado uma compreensão da matéria e voto alinhavado, sem prejuízo, por óbvio, de ouvir, na oportunidade, o voto do Ministro Toffoli e dos Ministros que me antecedem, no caso o do Ministro Teori. A dúvida me surgiu justamente em função do argumento trazido, com o brilho costumeiro, a objetividade e precisão de sempre, pelo Ministro Teori.

Senhora Presidente, no resumo que farei após essa explanação acerca da situação fática e distinções dos processos, vou procurar responder - pela minha ótica - os óbices que foram opostos ao voto do Ministro Luís Roberto Barroso, no que dava provimento parcial ao recurso extraordinário. E, se o Ministro Luís Roberto me permitir, para facilitar a todos, eu releio a ementa do voto de Sua Excelência, para que a situação fique bem esclarecida ou lembrada.

26/10/2016**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 661.256 SANTA CATARINA****ESCLARECIMENTO**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, apenas para explicitar, na minha óptica, a diferença entre o voto proferido e o do ministro Luís Roberto Barroso. Não concebo a desaposentação. Parto da premissa de haver uma situação jurídica alcançada pelo trabalhador e essa situação jurídica mostra-se inafastável. Então, não cogito da devolução de valores recebidos, da renúncia à aposentadoria pretérita. Qual é o instituto que assentei ao votar? O do direito ao recálculo dos proventos decorrentes daquela aposentadoria pretérita.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Prevalece, portanto, a aposentadoria apenas com o recálculo dos valores.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A premissa é única, inclusive encerra o afastamento do enriquecimento sem causa. A lei que trata da situação previdenciária do trabalhador que retorna, depois de aposentado, ao mercado de trabalho, versa contribuição idêntica à do trabalhador normal, como se ele estivesse iniciando a vida profissional, a relação jurídica mantida com a previdência. Mas, ao cogitar dos benefícios, apesar da mesma alíquota alusiva à contribuição, prevê apenas o salário-família e o relativo à reabilitação profissional.

Conversei, ontem, inclusive com a sempre homenageada Ministra Advogada-Geral da União, Dra. Grace, e, com essa espontaneidade que norteia meus passos como Juiz, disse que seria o caso de se ter cogitado de percentagem que implicasse equilíbrio quanto aos benefícios, não daquela atinente aos trabalhadores em geral, em início de relação jurídica com a previdência. Cogitei, portanto, do instituto do recálculo dos proventos da aposentadoria e busquei, no meu modo de pensar, não complicar muito as coisas.

RE 661256 / SC

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, acho que a posição do Ministro Marco Aurélio talvez possa se aproximar da que eu e a Ministra Rosa defendemos. Portanto eu gostaria de consultar Sua Excelência.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Sem a menor dúvida, entre as duas correntes, subscrevo aquela liderada por Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - O comentário que Vossa Excelência fez vem ao encontro da minha preocupação. O Ministro Marco Aurélio defende, Presidente Cármen Lúcia, um recálculo.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Porque, para o Ministro Marco Aurélio, não há desaposentação.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Isso.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Com isso, fujo à problemática da renúncia, da devolução de valores e, portanto, homenageio a liberdade e a segurança jurídica, mantendo a jubilação anterior.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Então, o Ministro Marco Aurélio defende a ideia do recálculo. Portanto, talvez nós tenhamos evidentemente uma divergência jurídica na qualificação, mas talvez não tenhamos uma divergência no resultado que queremos produzir, porque qual é o resultado que eu gostaria de produzir ao qual aderiu a Ministra Rosa? Quem contribuiu mais 15 anos, por exemplo, tem que ter algum tipo de benefício correspondente à contribuição. Nisso, eu e o Ministro Marco Aurélio estamos de pleno acordo.

Qual é o ponto que eu destaquei no meu voto e que não me parece

RE 661256 / SC

fugir das preocupações de Sua Excelência? É que esta pessoa que, por exemplo, já estava aposentada há 15 anos, já sacou do sistema durante 15 anos. Portanto, a solução que proponho é computar o que ela contribuiu a mais, porém, ao se aplicar a fórmula, vai se considerar a aposentadoria no momento inicial, porque é a partir dali que se conta o prazo que você espera que aquela pessoa vá permanecer no sistema. Se nós não computarmos isso, ele vai levar uma vantagem indevida.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – No voto, contento-me com o período de carência nessa segunda fase, apenas este. Não cogito de aposentadoria proporcional, cujo caráter linear foi abolido pela Emenda Constitucional nº 20/1998, nem fator previdenciário. São questões já equacionadas no passado. Restrinjo-me a reconhecer o direito ao recálculo.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Só uma última observação para ficar claro. É que se for se computar só o período que ele contribuiu a mais sem contar o período que se utilizou para a primeira aposentadoria, ele sai perdendo, porque ele contribuiu 10 anos, 12 anos, 15 anos. Portanto, é preciso somar.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência diz que, com o meu voto, o aposentado sai perdendo?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Se ele não puder somar com a posição anterior...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Não, Ministro. Apanho a situação jurídica gerada pela aposentadoria e, em cima dessa situação jurídica, considerado o novo período de contribuição e observado, também, o de carência, determino o recálculo. Conclusão mais favorável ao aposentado não pode haver.

RE 661256 / SC

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Mas sem computar o que ele já sacou ou o que ele já recebeu.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Não adentro esse questionamento, porque penso que ele logrou uma situação jurídica aperfeiçoada, e os recebimentos foram legítimos.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Por isso, porque o Ministro não cogita da desaposentação. Para ele é: mantém-se aquela aposentadoria, ato jurídico perfeito, e recalcula somando só o tempo.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Acho que, no recálculo, tem que levar em conta o que ele já recebeu. Mas já entendi, e pensamos, nesse ponto, diferentemente.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Torno estreme de dúvidas que não há óptica mais favorável do que a retratada em meu voto, considerada a posição do trabalhador.

Presidente, continuo acreditando não proceder o vezo popular de se assentar que a corda estoura sempre do lado mais fraco!

26/10/2016**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 661.256 SANTA CATARINA****ANTECIPAÇÃO AO VOTO**

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhora Presidente, eminentes Pares, eminentes Relatores, Ministro Marco Aurélio, Ministro Luís Roberto Barroso, eminente Ministra Rosa Weber, que acaba de apresentar voto-vista nesta matéria, gostaria de dizer inicialmente que vou juntar declaração de voto, que estou alcançando a Vossas Excelências e que contém as conclusões a que cheguei do exame desta matéria. Mas, antes de apresentar a síntese, permito-me dizer, apenas para registro em termos de cumprimento das normas regimentais, que, como aqui não me encontrava no momento em que este julgamento principiou, fui examinar a matéria, os autos, verificar as sustentações orais e todos os debates travados para me inteirar do tema. Portanto, declaro-me em condições de examinar a matéria, como fiz, e proferir o voto.

Nesse sentido, creio que é desnecessário repisar o sentido e o alcance dos três recursos extraordinários, um deles, o 381.367, de relatoria do eminente Ministro Marco Aurélio, em repercussão geral, e os outros dois, 661.256 e 827.833, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso.

A questão de fundo parece-me estar na ideia da qualificação jurídica da contrapartida às contribuições que são vertidas pelo segurado aposentado quando ou permanece no trabalho, ou retorna ao trabalho. Essa realidade que se deu após a aposentadoria recebeu, portanto, o conceito de desaposentação.

O Ministro Marco Aurélio trouxe a solução que acaba de repisar, os diversos argumentos constam do voto de Sua Excelência, bem como a solução apresentada pelo Ministro Luís Roberto Barroso, à luz dos argumentos lançados tanto pelos segurados como pelos entes públicos, que, na declaração de voto, faço uma síntese e aqui me escuso de ler.

A divergência foi aberta pelo Ministro Teori Zavascki, no que foi acompanhado pelo Ministro Dias Toffoli, e a Ministra Rosa Weber acabou, agora, de modo como sempre acutíssimo, de fazer a síntese de

RE 661256 / SC

todos os votos, nomeadamente das três posições, apresentando a percepção de Sua Excelência.

Eu vou fazer a síntese do voto dizendo que levei em conta os votos conhecidos até o início desta sessão, agora acabo de haurir o sentido e o alcance do voto da Ministra Rosa Weber, mas estou tendo como próxima uma adesão, digamos, substancial à posição do Ministro Luís Roberto Barroso. E, ao fazer essa exposição, Senhora Presidente, estou tomando a liberdade, quiçá um certo ousio, de dizer que vou dissentir em parte das três posições até agora apresentadas, embora me aproxime de uma delas, mas há algum dissenso, como irei expor em seguida.

26/10/2016**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 661.256 SANTA CATARINA**

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Preliminarmente, gostaria de cumprimentar os acutíssimos votos que me antecederam, pela profundidade com que trataram da matéria, uma das mais importantes hoje a ser definida por este Tribunal no âmbito do Regime Geral de Previdência Social. Ressalto, ainda, que embora não compusesse a Corte quando do início do julgamento, li atentamente os autos e acompanhei as sustentações orais e os debates travados na ocasião, razão pela qual sinto-me plenamente apto a, neste momento, participar do julgamento e proferir voto.

Tem-se em debate três recursos extraordinários, nos quais é discutida a tese da contrapartida às contribuições vertidas pelo segurado aposentado que retorna (ou permanece) ao (no) trabalho após a aposentadoria. A tese foi nomeada em doutrina de “desaposentação”.

No RE 381.367, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, interposto pelo segurado da previdência social, pugna-se pela declaração de inconstitucionalidade do § 2º do artigo 18 da Lei 8.213/91, o qual limita ao salário-família e à reabilitação profissional os benefícios a serem usufruídos pelos aposentados que continuam a exercer atividade profissional depois da jubilação.

Nos RREE 661.256 e 827.833, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, interpostos pelo INSS e pela União, pugna-se pela reforma dos julgados dos Tribunais de origem, que reconheceram o direito de segurados à renúncia à aposentadoria, para, aproveitando-se das contribuições vertidas após a concessão desse benefício pelo RGPS, obter junto ao mesmo regime benefício posterior, mais vantajoso.

Os argumentos lançados pelos segurados no RE 381.367 e nas manifestações acostadas aos processos 661.256 e 827.833 são: a) o benefício previdenciário é direito patrimonial disponível; b) não há vedação na Lei 8.213/91 à renunciabilidade do benefício, razão pela qual se a lei não veda, então há permissão; c) o STF tem entendido que somente incide contribuição previdenciária sobre parcela incorporável à

RE 661256 / SC

aposentadoria e, se o servidor já está aposentado, então essas contribuições não lhe serviriam para nada; d) é necessária uma contrapartida à contribuição previdenciária, na forma do art. 201, da CF, razão pela qual o § 2º do art. 18 da Lei 8.213/91 é inconstitucional; e) não há necessidade de devolução dos valores recebidos, uma vez que o segurado a eles fazia jus enquanto aposentado.

Já os argumentos dos entes públicos resumem-se aos seguintes: a) há previsão expressa da impossibilidade de renúncia a benefício concedido, o que se haure dos artigos 18, § 2º, da Lei 8.213/91 e do art. 181-B, do Decreto 3.048/99, razão pela qual a decisão que a permite viola o ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, CR/88); b) o Regime Geral de Previdência Social é solidário, não comutativo, e a concessão da desaposentação resultaria em afronta ao princípio da solidariedade, previsto nos arts. 40, 194 e 195, da Constituição Federal; c) a concessão da desaposentação viola o princípio da isonomia aplicável entre os segurados (art. 5º, caput, e art. 201, §1º, CR/88); d) trata-se de uma renúncia simulada, porque o que o segurado pleiteia realmente é uma revisão do benefício, mediante incorporação das contribuições posteriores à aposentadoria, para obtenção de um benefício de maior valor; e) que há um sistema de repartição simples, calcado no princípio da solidariedade; f) se considerar como uma renúncia, então o ato anterior de aposentadoria deve ser tido como desconstituído, com o retorno ao status quo ante e a devolução de todos os valores recebidos a este título.

Ao proferir voto no RE 381.367, o e. Ministro Marco Aurélio, relator, proveu o recurso, reconhecendo a feição sinalagmática e comutativa decorrente da contribuição previdenciária obrigatória e, de consequência, a necessidade de dar a contrapartida ao segurado em relação ao que contribuiu após a aposentadoria. Nesse sentido, empresta ao § 2º do art. 18 da Lei 8.213/91 interpretação conforme, para garantir ao segurado aposentado que retorna à atividade não só o salário-família e a reabilitação profissional, mas também um novo cálculo da aposentadoria já usufruída mediante a utilização das contribuições posteriormente a ela recolhidas. Reconhece, portanto, a possibilidade do instituto da

RE 661256 / SC

desaposentação.

O e. Ministro Luís Roberto Barroso, nos processos de sua relatoria, apresenta solução complexa e aprofundada. Partindo da premissa do necessário equilíbrio entre as dimensões contributiva e solidária, assenta que o § 2º do art. 18 da Lei 8.213/91 apenas veda a concessão de benefícios adicionais no âmbito da relação previdenciária existente, mas não reconhece no dispositivo um obstáculo à renúncia à aposentadoria para obtenção de outra mais vantajosa. Propõe, no entanto, não uma mera renúncia e recálculo de um novo benefício, mas um mecanismo de cálculo em que sejam computados os proventos já recebidos, para evitar que a Previdência se torne uma renda complementar, e sejam considerados, no cálculo da nova aposentadoria, a idade e a expectativa de vida relativas ao momento em que o primeiro vínculo foi estabelecido. Pondera que esta fórmula é intermediária em relação às duas situações extremas, a de possibilitar a desaposentação sem qualquer critério e a de negá-la expressamente.

O e. Ministro Teori Zavascki abriu divergência e, em seu percutiente voto, parte da premissa de que o Regime Geral de Previdência Social é estatutário e que os direitos subjetivos, por serem regulados por normas gerais, estão integralmente previstos e disciplinados em lei e, portanto, são apenas e tão somente aqueles previstos no referido estatuto, configurados no momento em que implementados os requisitos necessários à sua aquisição. Então, o fato de a lei não proibir certa vantagem, como a desaposentação, não pode ser a afirmação de um direito subjetivo de exercê-la.

Assenta, ainda, que as contribuições do segurado que retorna à atividade são usadas inclusive para sustentar a sua própria aposentadoria.

Já o e. Ministro Dias Toffoli, que acompanhou a divergência, ressalta a feição nitidamente solidária e contributiva do regime previdenciário, razão pela qual não visualiza inconstitucionalidade no art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91, e tampouco lacuna normativa a ser preenchida pela atuação desta Corte, no que toca à inexistência de previsão legal para a renúncia

RE 661256 / SC

da aposentadoria com o intuito da obtenção de outra mais vantajosa decorrente da permanência do segurado na atividade laboral após a jubilação.

Também adere ao argumento de que *“a prática de qualquer ato administrativo pressupõe o atendimento ao princípio da legalidade administrativa”* e que, portanto, não havendo previsão legal para a concessão de desaposentação, esta não deve ser permitida.

Eis a síntese. Passo a expor meu voto e o faço assentando que dissentirei, em parte, de todos os votos até então (vale dizer, até o início desta sessão) proferidos.

Ao Poder Judiciário não é reconhecida a possibilidade de majoração de benefício previdenciário sem que se observe o princípio da reserva legal, tal como disposto na Constituição para o regramento dessa espécie de prestação social.

Como assentou o e. Ministro Celso de Mello no julgamento do RE 567.360-ED, *“essa orientação – que consagra a advertência de que o princípio constitucional da reserva de lei formal traduz limitação ao exercício da atividade jurisdicional do Estado (RTJ 184/1170-1172) – acha-se consubstanciada em inúmeros julgamentos proferidos no âmbito do Supremo Tribunal Federal (RTJ 189/747 – RTJ 190/685-686 – RTJ 195/635, v.g.)”*.

No exercício da eleição dos critérios pelos quais se dará a proteção aos riscos escolhidos pela Constituição Federal no inciso I do artigo 201, o legislador reconheceu que o objetivo do Constituinte no que tange à proteção ao risco social da idade avançada foi devidamente protegido quando o trabalhador exerce o direito à aposentadoria após o preenchimento dos requisitos legais previstos na legislação.

Previu, portanto, legitimamente, no § 2º do artigo 18 da Lei 8.213/91, que outro benefício não seria concedido, à exceção do salário-família e da reabilitação profissional, pois a finalidade precípua do regime geral, que é a proteção do trabalhador aos riscos da atividade laborativa, já foi devidamente atingida com a concessão da aposentadoria. Alterar esse panorama é possível pela via legislativa. Foi opção do legislador ordinário que, a seu critério e obedecido o processo legislativo, pode

RE 661256 / SC

conceder ou obstar um dado benefício previdenciário (no caso, a possibilidade de renúncia a um benefício), nos limites da lei.

Por essa razão, não acompanho a solução intermediária de cunho aditivo, por entender que a Corte Constitucional não tem legitimidade para suprir ou suplantar a atuação legislativa na seara da proteção aos riscos previdenciários.

Esse entendimento encontra assento no julgamento realizado pelo STF nos RREE 415.454 e 416.827, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, e nos acórdãos a seguir transcritos:

“I. Benefício previdenciário: aposentadoria por invalidez concedida na vigência da redação original do art. 44 da L. 8.213/91, antes, portanto, da edição da L. 9.032/95: revisão indevida: aplicação à espécie, ‘mutatis mudandis’, da decisão plenária dos RREE 415.454 e 416.827, 8.2.2007, Gilmar Mendes. Ao julgar os RREE 415.454 e 416.827, Pleno, 8.2.2007, Gilmar Mendes, o Supremo Tribunal decidiu que contraria a Constituição (art. 5º, XXXVI, e 195, § 5º), a decisão que defere a revisão para 100% do ‘salário de benefício’ das pensões por morte instituídas antes da vigência da L. 9.032/95, que alterou o art. 75 da L. 8.213/91, sob o qual ocorrera a morte do segurado. RE provido, conforme os precedentes, com ressalva do voto vencido do Relator deste. II. Ônus da sucumbência indevidos.” (RE 495.042/AL, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE)

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO RECURSO DE AGRAVO - REVISÃO DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS - INAPLICABILIDADE DA LEI Nº 9.032/95 A BENEFÍCIOS CONCEDIDOS ANTES DE SUA VIGÊNCIA - AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO, NESSE DIPLOMA LEGISLATIVO, DE SUA APLICAÇÃO RETROATIVA - INEXISTÊNCIA, AINDA, NA LEI, DE CLÁUSULA INDICATIVA DA FONTE DE CUSTEIO TOTAL CORRESPONDENTE À MAJORAÇÃO DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO - ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO COMO LEGISLADOR POSITIVO - VEDAÇÃO -

RE 661256 / SC

RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - Os benefícios previdenciários devem regular-se pela lei vigente ao tempo em que preenchidos os requisitos necessários à sua concessão. Incidência, nesse domínio, da regra "tempus regit actum", que indica o estatuto de regência ordinariamente aplicável em matéria de instituição e/ou de majoração de benefícios de caráter previdenciário. Precedentes. - A majoração de benefícios previdenciários, além de submetida ao postulado da contrapartida (CF, art. 195, § 5º), também depende, para efeito de sua legítima adequação ao texto da Constituição da República, da observância do princípio da reserva de lei formal, cuja incidência traduz limitação ao exercício da atividade jurisdicional do Estado. Precedentes. - Não se revela constitucionalmente possível, ao Poder Judiciário, sob fundamento de isonomia, estender, em sede jurisdicional, majoração de benefício previdenciário, quando inexistente, na lei, a indicação da correspondente fonte de custeio total, sob pena de o Tribunal, se assim proceder, atuar na anômala condição de legislador positivo, transgredindo, desse modo, o princípio da separação de poderes. Precedentes. - A Lei nº 9.032/95, por não veicular qualquer cláusula autorizadora de sua aplicação retroativa, torna impertinente a invocação da Súmula 654/STF." (RE 567.360 ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 09/06/2009, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-148 DIVULG 06-08-2009 PUBLIC 07-08-2009)

No mesmo sentido: RE 499.157, Segunda Turma, Relator o Ministro Cezar Peluso, DJ de 29.05.07.

Em síntese, compreendo que caberá legislador ordinário, no exercício da sua competência legislativa e na ponderação com os demais princípios que regem a seguridade social e a previdência social, como a preservação do equilíbrio financeiro e atuarial, dispor sobre a possibilidade de revisão de cálculo de benefício já concedido, mediante aproveitamento de contribuições posteriores, ou seja, sobre a possibilidade da desaposentação.

RE 661256 / SC

Por outro lado, entendo que não há na Constituição Federal dispositivo que vincule estritamente a contribuição previdenciária ao benefício recebido. A correspondência deve, na medida do possível, ser observada, mas não há uma exigência normativa.

A regra da contrapartida, prevista no artigo 195, § 5º, da CF, significa que não se pode criar um benefício ou serviço da seguridade social sem a correspondente fonte de custeio. É a preocupação do constituinte com o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema da previdência, mas não está a significar que nenhuma contribuição poderá ser paga sem a necessária correspondência em benefício previdenciário.

Relevante, nesse sentido, o já assentado a respeito do princípio da solidariedade, que deve ser visto, apropriadamente, dentro de um contexto de ética tributária, no sentido de que a contribuição previdenciária se destina a realizar as necessidades públicas no âmbito da previdência social básica, a cobrir os riscos sociais aos quais estão expostos os trabalhadores durante sua vida laborativa ou daqueles que dele dependam. É a efetiva realização do princípio da igualdade material entre essa pluralidade de sujeitos abrangidos pelo regime de previdência.

O postulado básico da solidariedade encontra assento nos artigos 3º, I; 194, IV, e 195 da Constituição Federal.

Inicialmente, a Constituição estabelece no inciso I do artigo 3º que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Como objetivo da República, à solidariedade deve ser reconhecido algum grau de eficácia imediata, podendo atuar, portanto, como “vetor interpretativo da ordem jurídica como um todo” (SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 295)

O artigo 194 dispõe que a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e de toda a sociedade e, especificadamente, no inciso VI do parágrafo único, traz a previsão quanto à diversidade da base de financiamento.

Por fim, o artigo 195, *caput*, revela de forma ainda mais evidente o princípio estrutural da solidariedade, ao estabelecer que “a seguridade

RE 661256 / SC

será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta”.

Fábio Konder Comparato ensina que *“o fundamento ético desse princípio encontra-se na ideia de justiça distributiva, entendida como a necessária compensação de bens e vantagens entre classes sociais, com a socialização dos riscos normais da existência humana”* (COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 65) (Uma citação *a latere*: José Roberto Dromi conceitua solidariedade como um agir em favor do vulnerável ainda que sem bonificação).

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 3.105, de relatoria para o acórdão do Ministro Cezar Peluso, reconheceu que o princípio da solidariedade, aliado aos princípios do equilíbrio financeiro e atuarial e aos objetivos constitucionais da universalidade, equidade na forma de participação no custeio e diversidade da base de financiamento, justificam a tributação dos proventos de aposentadoria dos servidores públicos, ainda que essa contribuição previdenciária por eles vertida não reverta em qualquer espécie de benefício futuro.

Há, portanto, previsão constitucional expressa no sentido de que o financiamento da seguridade social deve ser arcado por toda a sociedade.

A Constituição Federal prevê, ainda, que a seguridade social será organizada com base nos princípios, dentre outros, da universalidade da cobertura e do atendimento e na seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços (artigo 194, incisos I e III).

A universalidade da cobertura e do atendimento significa que as prestações previstas pelo sistema da seguridade social devem ser destinadas àqueles que dela necessitem, da forma que se revelar a mais abrangente. Essa universalidade se traduz, no sistema de saúde e de assistência social, no atendimento das necessidades de todos os cidadãos, sem qualquer tipo de discriminação no atendimento. Em relação à previdência, o sistema deve abranger os trabalhadores de todas as categorias profissionais e protegê-los da maior gama de riscos.

Já o princípio da seletividade *“possibilita a ponderação de critérios de*

RE 661256 / SC

atendimento pela necessidade”, autorizando que “prestações específicas de saúde, previdência e assistência social podem ser destinadas de forma diferenciada” (TAVARES, Marcelo Leonardo. Direito Previdenciário. 16ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2015, pp. 4-5).

Para Luiz Claudio Flores da Cunha, o *“princípio da seletividade é aquele que propicia ao legislador uma espécie de mandato específico, com o fim de estudar as maiores carências sociais em matéria de seguridade social, e que ao mesmo tempo oportuniza que essas sejam priorizadas em relação às demais”* (Princípios de Direito Previdenciário na Constituição da República de 1988. *in* *Direito Previdenciário – Aspectos Materiais, Processuais e Penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 39).

Nesse contexto, o legislador constitucional, ao tratar especificamente da Previdência Social, dispôs no artigo 201, inciso I, os riscos que necessariamente devem estar cobertos pelo regime geral, mas no *caput* desse dispositivo atribuiu ao legislador infraconstitucional a responsabilidade de eleger os critérios pelos quais os riscos seriam protegidos.

Assim, dentro do espaço de conformação da legislação infraconstitucional, o legislador, com base em estudo do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema, elegeu, na Lei 8.213/91, que dispôs sobre o Plano de Benefícios da Previdência Social, as regras e critérios a serem observados para a cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada.

Em vista desses argumentos, voto por negar provimento ao RE 381.367 e por dar provimento aos RREE 661.256 e 827.833, por não depreender inconstitucionalidade no § 2º do artigo 18 da Lei 8.213/91, e proponho a fixação da seguinte tese: *“Cabe ao legislador infraconstitucional a opção pela concessão ou não da desaposentação, respeitados os limites constitucionais.”*

26/10/2016**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 661.256 SANTA CATARINA****APARTE**

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Vossa Excelência me permite? Eu peço desculpas para fazer essa interrupção no voto de Vossa Excelência. Apenas para aproveitar a oportunidade, quero esclarecer que concordo plenamente com essa observação de Vossa Excelência, que está bem compatível com o meu voto, onde defendi que se trata de um regime estatutário. Assim, a conformação do regime se dá, justamente, pelo legislador ordinário. Nada impede, portanto, e é isso que Vossa Excelência está dizendo, que o legislador ordinário venha a consagrar essa possibilidade.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Então, Presidente, também eu, também em relação ao meu voto, não há divergência, porque o meu voto é: eu proponho que se devolva a matéria ao Congresso para que, em 180 dias, a regule. Caso não o faça, aí sim se aplica a solução que eu proponho. De modo que também eu acho que esse é um espaço de conformação legislativa.

A única diferença entre mim e a posição do Ministro Teori é que ele entende que é possível cobrar a contribuição previdenciária sem que isto reverta em qualquer benefício. A minha posição é: se se cobra a contribuição previdenciária, é preciso que haja a contrapartida de algum benefício, nem que seja - mas eu acho que não posso fazer isso sem lei - a devolução de 50% da contribuição previdenciária recolhida. Portanto, 50% a União pode embolsar em nome da solidariedade, mas os outros 50% tem que devolver, como antes se fazia pelo mecanismo do pecúlio. Mas achei que isso era ir longe demais, embora seja uma ideia razoável. Portanto, cabe ao legislador fazer. No entanto, eu acho que o legislador tem que colocar alguma coisa no lugar do benefício correspondente à contribuição previdenciária do período a maior, sob pena de se cobrar

RE 661256 / SC

uma contribuição que, a meu ver, é um tributo vinculado, sem oferecer nenhum tipo de benefício.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Sem uma justificativa – pelo menos para mim, também penso que para Vossa Excelência – socialmente aceitável.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Salvo arrecadar.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Sim. Ou, quem sabe, para o trabalhador ter, como disse quando votamos sobre a previdência social considerados os aposentados, uma aposentadoria no além. Mas, para essa, ele não precisa contribuir.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - E, Ministro Marco Aurélio, eu sou uma pessoa, e todos nós aqui somos, que tem grande preocupação com a responsabilidade fiscal. Todos temos. Mas a responsabilidade fiscal, a meu ver, não dá o direito de o Poder Público ser incorreto.

Muito obrigado pelo aparte, Ministro Fachin.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Eu gostaria de concluir o meu aparte, na tentativa de esclarecer o meu voto. Eu quero dizer que eu concordo plenamente com o Ministro Fachin de que, por se tratar de um regime estatutário, institucional, e não contratual e comutativo, nada impede que o legislador dê uma conformação diferente, inclusive reconhecendo esse benefício. Oxalá até chegemos ao dia em que o legislador aumente as benesses para os aposentados. A verdade é que, no meu entender, essa benesse hoje não existe. Tampouco afirmei que não existe benesse nenhuma. Não é isso que eu disse no meu voto, nem consta isso no meu voto. O que eu disse, no meu voto, é que a lei hoje reconhece alguns benefícios - módicos benefícios, mas reconhece

RE 661256 / SC

alguns - e que a legislação, quando extinguiu os pecúlios e limitou os benefícios a esses que estão no art. 18, § 2º, também operou uma outra modificação importante, que é direcionar as contribuições, não para a previdência social, mas para a seguridade social. Está expresso.

É isso que eu queria dizer, Ministro Fachin, para dizer que a adiro a essa afirmação de Vossa Excelência.

26/10/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 661.256 SANTA CATARINA

APARTE

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Ministro Fachin me concede um breve aparte? Eu penso exatamente da forma como Vossa Excelência: A matéria deve ser provida pelo legislador, mas o legislador tem que dar algum benefício com seriedade correspondente à contribuição. E eu acho que dar salário-família para quem está se aposentando não é um benefício, é uma piada, porque evidentemente, já como regra geral, não está em fase de procriação.

Portanto, eu entendo que tem que ser um benefício verdadeiro.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Piada maior é o auxílio-reclusão.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Pois é, o sujeito tem que cometer um crime para receber o benefício.

Portanto, eu acho que tem que haver uma contrapartida com um mínimo de seriedade. Mas eu concordo que cabe ao legislador também.

Muito obrigado!

26/10/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 661.256 SANTA CATARINA

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Continuo, então, Senhora Presidente. Apenas para retomar, pontuado, essa inflexão do voto do Ministro Teori, uma certa percepção da incidência do *tempus regit actum* e da perfectibilização da aposentadoria ao tempo da concessão, e uma certa higidez que levaria, eventualmente, à impossibilidade de atribuir outros direitos que não aqueles que tenham sido consumados e exercidos. Mas, com o esclarecimento do Ministro Teori, percebo que a comunhão de percepções é maior.

No que diz à intervenção, também ilustre, do Ministro Luís Roberto Barroso, acho que, aqui, também temos um sentido de comunhão, e, quiçá o ponto de distinção do que estou, aqui, a principiar - e espero continuar em seguida, mas esses dois apartes foram elucidativos -, quiçá o ponto de dissenso esteja na solução intermediária que, numa forma de uma solução aditiva, o Ministro Barroso propõe enquanto os legisladores não se manifestarem. E, nesse ponto, portanto, aqui, haveria um dissenso entre o voto...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Só daqui a seis meses. Portanto, ele teria 180 dias para se pronunciar, a matéria ficaria em aberto mais 180 dias. Mas, se ele não se pronunciasse, nós temos que dar uma resposta às dezenas de milhares de ações pendentes.

26/10/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 661.256 SANTA CATARINA

RELATOR	: MIN. ROBERTO BARROSO
REDATOR DO ACÓRDÃO	: MIN. DIAS TOFFOLI
RECTE.(S)	: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL FEDERAL
RECDO.(A/S)	: VALDEMAR RONCAGLIO
ADV.(A/S)	: ADILSON VIEIRA MACABU E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO- IBDP
ADV.(A/S)	: GISELE LEMOS KRAVCHYCHYN E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE.	: CONFEDERAÇÃO BRASILEIRA DE APOSENTADOS E PENSIONISTAS - COBAP
ADV.(A/S)	: GABRIEL DORNELLES MARCOLIN

APARTE

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Ministro Barroso, Vossa Excelência me permite um rapidíssimo aparte?

Eu estou extremamente impressionado com o voto de Vossa Excelência. Apenas, aqui, até conversando com os companheiros de bancada, eu acho que 180 dias, considerando a idade dos segurados que pretendem esse benefício - a Ministra Rosa, salvo melhor juízo, disse que muitos deles já estão na casa dos 80 anos de idade -, esperar seis meses é muita coisa. Acho que uma reação do Estado, diante de um problema anunciado há tanto tempo, poderia ser mais rápida.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Só por medida provisória, não é? Porque seis meses seria um tempo mínimo, eu penso, para um debate legislativo eficiente. Mas eu concordo com Vossa Excelência que o tempo trabalha contra, concordo.

26/10/2016**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 661.256 SANTA CATARINA****ESCLARECIMENTO**

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhora Presidente, Vossa Excelência não colheu meu voto no Recurso Extraordinário 827.833, sob a relatoria do Ministro Luís Roberto, em que eu divirjo de Sua Excelência, respeitosamente, para negar provimento ao recurso extraordinário, porque relativo ao benefício "aposentadoria por idade" sem o cômputo de tempo de serviço/contribuição anterior à jubilação. Aquelas coordenadas, aquelas diretrizes estabelecidas no voto do Ministro Luís Roberto, a que eu aderi e que dizem com o cômputo cumulativo dos períodos anterior e posterior à jubilação, aqui, do meu ponto de vista, não se justificam. Por isso nego provimento.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Então, apenas para ficar claro e acentuar se está correto o que eu anotei: Vossa Excelência dá provimento parcial ao Recurso Extraordinário 381.367, relatado pelo Ministro Marco Aurélio, dá parcial provimento ao Recurso Extraordinário 661.256, acompanhando o voto do Ministro Roberto Barroso, Relator, e nega provimento ao Recurso Extraordinário 827.833.

26/10/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 661.256 SANTA CATARINA

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, aqui aconteceu uma coisa singular. É que eu também não havia votado...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Eu vou colher o voto de Vossa Excelência agora exatamente na sequência dos votos, mas apenas no Recurso Extraordinário 381.367. Nos outros dois, consta da pauta, parcial provimento dado por Vossa Excelência nos Recursos Extraordinários 661.256 e 827.833.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Em rigor, não foi o que aconteceu, mas o meu voto é o mesmo. É porque eu só votei no 661.256, que era a repercussão geral originária.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - É que houve equívoco nas anotações que recebi, mas...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, no primeiro recurso extraordinário, sob minha relatoria, é o beneficiário da previdência quem recorre.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - É, exatamente.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Nos dois outros, o Instituto?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Isso.

RE 661256 / SC

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Está bem.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Eu estou colhendo, Ministro, como houve esse desencontro, os votos na sequência. Então, na hora que chegar a vez de Vossa Excelência, Vossa Excelência apenas não votará no de sua relatoria, nos outros dois, eu passarei a palavra.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – É um voto, desde já, presumido.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - De toda sorte, tenho o maior gosto em ouvir Vossa Excelência.

Portanto, após o Ministro Fachin, eu estou passando a palavra ao Ministro Roberto Barroso para proferir voto no Recurso Extraordinário 381.367, relatado pelo Ministro Marco Aurélio; e, também, então, eu estou anulando as anotações feitas no Recurso Extraordinário 827.833; e, também, colho o voto de Vossa Excelência, neste caso.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Ok.

No caso, o meu voto, Presidente, é substancialmente o mesmo nos três casos. Eu, apenas, só havia votado no 661.256. No 381.367, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, eu também estou dando provimento parcial, na mesma linha do que votei no 661.256.

E o 827.833, eu preciso fazer uma brevíssima observação, Presidente. Eu tinha destacado, para a repercussão geral, o 661.256, que foi esse no qual proferi voto. Veio o parecer da Procuradoria-Geral da República e apontou um vício formal que, supostamente, seria a não observância da Reserva de Plenário, quando não se aplicou o § 2º do art. 18 da Lei 8.213/91.

Como, de fato, não tinha havido manifestação do Plenário, porque eles entenderam - como eu entendo - que a questão não é de inconstitucionalidade, eu, no entanto, para evitar o risco de que uma

RE 661256 / SC

questão formal impedisse o pronunciamento de mérito, eu mandei, eu puxei um outro caso que envolvia pedido de desaposentação em que tinha havido declaração incidental de inconstitucionalidade com observância da Reserva de Plenário. Portanto, para não haver risco de nulidade.

Porém, Presidente, o pedido formulado nessa ação, no processo nº 13 da pauta, 827.833, é na mesma linha do caso anterior de desaposentação. Eu, portanto, guiei a minha escolha pelo pedido. E continuo achando que a solução é a mesma.

Mas é que, aqui no caso desta senhora, há uma situação de fato diferente - bem observada pela Ministra Rosa Weber que, inclusive, havia, com a carinhosa fidalguia de sempre, me alertado -, que é a seguinte - esta hipótese não vai mudar o resultado, mas para que se entenda qual é a hipótese e por que a Ministra Rosa votou diferentemente: esta senhora, que era do Regime Geral, portanto, da iniciativa privada, ela se aposenta, uma primeira vez, por tempo de contribuição, depois de 30 anos, em 1991. Portanto, ela se aposenta por tempo de contribuição depois de 30 anos. Ela volta a trabalhar, contribui mais 17 anos; ela passa da idade, tem 70 anos. E ela pede uma nova aposentadoria, porque ela adquiriu um novo direito, porque ela tem mais de 60 anos e trabalhou mais de 15 anos. Portanto, ela teria o direito autônomo a esta segunda aposentadoria, caso não tivesse a primeira; evidentemente, ela não pode ter duas aposentadorias no Regime Geral. Todo mundo entende qual é a hipótese. Portanto, ela passou a ter direito autônomo a duas aposentadorias.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A segunda seria pela idade.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - A segunda seria pela idade mais os 15 anos; na verdade, 17 anos de trabalho.

Portanto, aqui ela - eu acho - teria que optar. Ela tem dois direitos: ela pode optar pela primeira, que ela já tem; ou pode optar pela segunda. Mas o que ela pediu? Por isso que eu pedi os autos físicos, esse aqui é

RE 661256 / SC

antigo, é de autos físicos. O pedido dela é: Concessão de tutela... para o cancelamento da aposentadoria por tempo de contribuição. Portanto, ela pede para cancelar a primeira aposentadoria e a imediata concessão do benefício de aposentadoria por idade. Portanto, parece que ela está optando pela segunda. Depois ela diz: Tendo por base todas as contribuições vertidas pela Previdência Social, inclusive os de contagem recíproca, nos termos...". Portanto, ela quer optar pela segunda, mas quer contar o tempo inteiro: os 47 anos.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Logrou êxito na origem?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Na origem considerou, quer dizer, a minha decisão, aqui, é: tem que aplicar a ela, ou direito de escolha, por uma ou outra, ou, se ela quiser fazer cômputo somado, tem que aplicar o meu critério. Como pode ser que o meu critério não prevaleça, eu acho que tem que prevalecer o critério da escolha. Mas o pedido dela é a contagem de todo o prazo. E, aí, eu acho que todo o prazo não pode contar. E, aí, teria que aplicar as regras...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Qual seria o efeito econômico-financeiro dessa contagem de todo o período? O de justamente chegar à conclusão de meu voto.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Olha aqui: Conceder à parte autora novo benefício da aposentadoria, por idade, com base em toda a sua contribuição vertida para a Previdência Social. Portanto, o que ela quer mesmo é uma nova aposentadoria, que é a segunda, por idade, contando todo o prazo de contribuição.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Uma segunda aposentadoria?

RE 661256 / SC

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - É. Por isso, esse pedido eu indeferi. Embora, eu acho que ela tenha o direito de escolha. Pois não, Ministra Rosa.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Só para esclarecer, Ministro Luís Roberto, que não foi o deferido. Eu, com todo o respeito à Vossa Excelência, digo que isso fica bem explicitado na inicial, que é longa. Tanto é que o juiz de primeiro grau, indeferiu, em sentença de improcedência, dizendo que ela estava pretendendo o cômputo de todo o tempo. Ela entra com embargos de declaração, a que ele rejeita, mas o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, ao exame da apelação, diz, com todas as letras, que "não". Que o ela quer é o cômputo do tempo subsequente, apenas.

E, veja bem, retomando o julgamento da causa, o que aconteceu? A 5ª Turma suscitou um incidente de inconstitucionalidade e, ao julgar o incidente, a Corte Especial concluiu pela apontada inconstitucionalidade, sem redução de texto, "para que sua aplicação seja excluída nos casos em que o segurado, desprezadas as contribuições anteriores, implementa integralmente os requisitos para a obtenção de nova aposentadoria após a primeira inativação". Acórdão da Corte Especial, página 153.

Digo a seguir, Ministro Luís Roberto: retomado o julgamento da causa - nas fls. 244, verso -, a 5ª Turma do Tribunal Regional Federal decidiu "solver a questão de ordem para, complementando o julgamento anterior, dar provimento à apelação, nos termos do relatório *verbis*: "Tendo em conta a decisão da Corte Especial, fls. 195/226, na qual o parágrafo segundo, do artigo 18, da Lei 8.213 foi declarado inconstitucional, em casos como o do presente processo, deve ser reformada a sentença que julgou improcedente o pedido, condenando o INSS a conceder o benefício de aposentadoria por idade à autora, a contar da data do requerimento administrativo, descontados os valores recebidos a título de aposentadoria por tempo de contribuição a partir de 02.7.2008". E porque 2 de julho de 2008? Trata-se da data do requerimento do segundo benefício, porque o deferimento importa em concessão, com

RE 661256 / SC

efeito *ex tunc*, à data do requerimento. Então a ementa... Por isso, Ministro Roberto cheguei a essa conclusão diversa, com todo o respeito.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Nós não temos posição diversa. Eu me guiei pelo pedido e Vossa Excelência...

Quer dizer, eu não teria dúvida no seguinte: se o que se está deferindo a esta senhora é o direito a uma única aposentadoria, que é a segunda, por idade, eu estou de acordo. O que ela pediu não foi isso. Mas me deixe ver, aqui, Ministra Rosa Weber...

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Folhas 244, verso, Ministro.

É que eu resumi, mas eu poderia ler a ementa da decisão.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Ministro Roberto Barroso?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Sim, Presidente.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Considerando este prazo, até para que Vossa Excelência tenha tranquilidade, como estamos já no horário do café, eu suspenderia, e nós voltamos colhendo o voto de Vossa Excelência, de tal maneira que não ficássemos, os outros, a aguardar.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Está ótimo.

26/10/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 661.256 SANTA CATARINA

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Excelentíssima Senhora Presidente, ilustre representante do Ministério Público, Senhores Ministros, advogados, estudantes presentes.

Senhora Presidente, sinteticamente, nós verificamos que tanto o Ministro Barroso quanto o Ministro Fachin entenderam que não entenderiam uma lei que concedesse esse benefício como algo inconstitucional, ou seja, não há lei que concede. Então, nós temos um primeiro problema aqui, que é um problema ligado à legalidade, então, não há lei que conceda a desaposentação.

Em segundo lugar, o tema gravita em torno da solidariedade e do caráter retributivo das contribuições para a seguridade social.

Então, Senhora Presidente, eu vou sintetizar bastante as anotações que eu fiz para que possamos chegar a uma conclusão em relação a uma das correntes.

26/10/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 661.256 SANTA CATARINA

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. SISTEMA PREVIDENCIÁRIO ENCARTADO PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ARTS. 195 E 201. UNIVERSALIDADE DO CUSTEIO. SOLIDARIEDADE DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. DESAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA A ANTERIOR BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA. UTILIZAÇÃO DO TEMPO DE SERVIÇO/CONTRIBUIÇÃO QUE FUNDAMENTOU A PRESTAÇÃO PREVIDENCIÁRIA ORIGINÁRIA. OBTENÇÃO DE BENEFÍCIO MAIS VANTAJOSO. REPERCUSSÃO GERAL. IMPOSSIBILIDADE. EXPRESSA OPÇÃO LEGISLATIVA. ART. 18, § 2º DA LEI 8.213/91. NECESSIDADE DE LEI EM SENTIDO FORMAL. RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS PROVIDOS.

1. O sistema previdenciário constitucional é fundado nos princípios da universalidade do custeio e da solidariedade da Previdência Social, caracterizada pelo caráter contributivo e de filiação obrigatória, nos termos da lei (CRFB/88, arts. 195 e 201).

2. *In casu*, o legislador, dentro de seu espaço de conformação, com base em estudos a respeito do equilíbrio financeiro e atuarial

RE 661256 / SC

do sistema, elegeu, na Lei 8.213/91, as regras e critérios a serem observados para a cobertura dos Planos de Benefícios da Previdência Social.

3. O segurado, ao fazer opção pela aposentadoria por tempo de contribuição, possui duas opções: (i) fazer uso do incentivo propiciado pelo fator previdenciário e se aposentar com mais idade e maior tempo de contribuição, com valor de benefício maior, ou (ii) sofrer as consequências do desestímulo trazido pelo mesmo fator, aposentando-se mais jovem e com menor tempo de contribuição, com valor de benefício também menor, mas podendo cumular tal benefício com sua remuneração.

4. A norma encartada no art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 veda o recebimento de qualquer prestação adicional decorrência da atividade de aposentados que permaneçam em atividade, ou a essa retornem, exceto o salário-família e a reabilitação profissional, quando empregado.

5. Cabe ao legislador ordinário, no exercício da sua competência legislativa e na ponderação com os demais princípios que regem a Seguridade Social e a Previdência Social, como a preservação do equilíbrio financeiro e atuarial, dispor sobre a possibilidade de revisão de cálculo de benefício já concedido, mediante aproveitamento de contribuições

RE 661256 / SC

posteriores, ou seja, sobre a possibilidade da desaposentação.

6. Fixada a seguinte tese de repercussão geral: no âmbito do Regime Geral de Previdência Social – RGPS, somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à desaposentação, sendo constitucional a regra do art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91.

7. Recursos extraordinários providos.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: Senhor Presidente, egrégio Tribunal Pleno, ilustre representante do Ministério Público.

I

PREMISSAS TEÓRICAS

Ab initio, cumpre assentar que a aposentadoria é um direito social dos trabalhadores, possuindo caráter patrimonial e pecuniário, personalíssimo e individual, com característica de seguro social. Marcelo Leonardo Tavares (*Direito Previdenciário: regime geral de previdência social e regras constitucionais dos regimes próprios de previdência social*. 11ª ed., Niterói: Impetus, 2009, p. 121) leciona que os benefícios previdenciários, incluindo as aposentadorias, são:

“Prestações pecuniárias, devidas pelo Regime Geral de Previdência Social aos segurados, destinadas a prover-lhes a subsistência, nas eventualidades que os impossibilite de, por seu esforço, auferir recursos para isto, ou reforçar-lhes aos ganhos para enfrentar os encargos de família, ou amparar, em caso de morte ou prisão, os que dele dependiam economicamente”.

RE 661256 / SC

Discorrendo sobre a natureza jurídica do ato de concessão da aposentadoria, Fábio Zambitte Ibrahim (*Curso de Direito Previdenciário*. 16^a ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 33) afirma que:

“A concessão da aposentadoria é materializada por um ato administrativo, pois consiste em ato jurídico emanado pelo Estado, no exercício de suas funções, tendo por finalidade reconhecer uma situação jurídica subjetiva. É ato administrativo na medida que emana do Poder Público, em função típica (no contexto do Estado Social) e de modo vinculado, reconhecendo o direito do beneficiário em receber sua prestação”.

Devidamente aposentado, a chamada desaposentação consiste na renúncia à aposentadoria vigente, seguida da aquisição de novo vínculo em condições mais vantajosas. Na prática, a melhoria decorre da realização de novas contribuições após a primeira aposentadoria. Desse modo, o segurado busca ver um retorno efetivo de sua contribuição, requerendo sejam computadas para a obtenção de proventos em valor superior ao que vinha percebendo.

A desaposentação foi instituída no Brasil através da jurisprudência e doutrina, **não tendo previsão expressa, nem na Constituição, nem no texto legal.**

Inicialmente, contata-se que o art. 18, § 2º da Lei 8.213/1991 (Lei de Benefícios) tem sido mencionado em alguns julgados como regra impeditiva da desaposentação, na medida em que, supostamente, proibiria a concessão de nova aposentadoria com lastro em contribuição previdenciária posterior à concessão do primeiro benefício previdenciário. O *Parquet* se manifestou nos autos nesse sentido, tendo, inclusive, destacado que o art. 18, parágrafo 2º, deveria ser declarado inconstitucional, a fim de que a desaposentação se tornasse viável. Como isso não ocorreu, os acórdãos recorridos deveriam ser anulados na percepção do MPF.

Concessa máxima vênia do entendimento defendido pelo Ministério Público Federal nos autos, não entrevejo, na redação do art. 18, parágrafo

RE 661256 / SC

2º, da Lei 8.213/1991, qualquer vedação à desaposentação. O que o referido dispositivo proíbe é a concessão de qualquer benefício além da aposentadoria já paga, com as ressalvas do salário-família e da reabilitação. Assim, a lei proíbe mais de uma aposentadoria pelo mesmo regime geral da previdência social. Não faz parte do espírito da norma a vedação a eventual melhoria do benefício previdenciário único, com contagem de tempo de contribuição posterior. Vejamos a redação do dispositivo:

Art. 18. O Regime Geral de Previdência Social compreende as seguintes prestações, devidas inclusive em razão de eventos decorrentes de acidente do trabalho, expressas em benefícios e serviços:

(...)

§ 2º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social-RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado. (Redação dada pela Lei nº 9.528 de 10.12.97).

Porém, a ausência de vedação normativa à desaposentação não atrai qualquer conclusão de sua possibilidade. Com efeito, o Regime Geral de Previdência Social – RGPS foi erigido constitucionalmente para tutelar os **segurados**, que contribuem para o regime com vistas a auferir os benefícios nele previstos, e os **beneficiários**, já titulares dos benefícios previstos no regime. É bem de ver aqueles que decidiram se aposentar, voluntariamente, já optaram pela aposentadoria, passando de segurados a beneficiários. Nenhum prejuízo é gerado para os benefícios previdenciários adquiridos.

Deve-se ter em mente que, em sua redação original, o supratranscrito art. 18, § 2º, anteriormente ao advento da Lei 9.032/95, previa que o aposentado que voltasse a trabalhar tinha de contribuir, mas as suas contribuições eram vertidas para a formação de um pecúlio, a ser

RE 661256 / SC

entregue ao trabalhador quando efetivamente se tornasse inativo.

Além disso, como ressaltado pelo Ministro Teori Zavascki em seu voto, a Lei 9.032/1995 não apenas retirou o pecúlio do ordenamento jurídico, mas, ademais, impôs, incluindo o § 4º ao art. 18, que “**o aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social-RGPS que estiver exercendo ou que voltar a exercer atividade abrangida por este Regime é segurado obrigatório em relação a essa atividade, ficando sujeito às contribuições de que trata esta Lei, para fins de custeio da Seguridade Social**” (grifo próprio).

A própria extinção do pecúlio denota o propósito do legislador de reduzir a gama de benefícios previdenciários, adequando-os ao rol do art. 201 da Constituição, mantendo, porém, a obrigatoriedade de contribuição do aposentado que continua ativo, e, ademais, expressamente consignando que esta destina-se ao **custeio da Seguridade Social**. Transcrevo o referido artigo, *verbis*:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;

II - proteção à maternidade, especialmente à gestante;

III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;

IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.

Ademais, o fato de não haver contraprestação não possui correlação direta com a contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade, posto estar amparada no princípio da universalidade do custeio e solidariedade da Previdência Social, encartado no art. 195 da

RE 661256 / SC

CRFB/88, *in verbis*:

Art. 195. A seguridade social será financiada por **toda a sociedade**, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, **e das seguintes contribuições** sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

b) a receita ou o faturamento; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

c) o lucro; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

II - do trabalhador e dos demais segurados da Previdência Social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo Regime Geral de Previdência Social de que trata o art. 201; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

III - sobre a receita de concursos de prognósticos;

IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003).

Destarte, a contribuição previdenciária devida pelo servidor aposentado que volta – ou continua – à ativa destina-se, atualmente, ao custeio do sistema, em benefício de toda a sociedade. Não se destinam, certamente, ao pagamento ou melhoria do benefício. Deveras, o financiamento do sistema é solidário, sendo que a contribuição de um serve para ajudar a todos. A obrigatoriedade de o trabalhador aposentado que permanecer na ativa contribuir sobre sua remuneração (CRFB/88, art. 195, II, c/c art. 18, § 4º da Lei 8.212/1990) decorre desse princípio, cuja

RE 661256 / SC

preservação no sistema da seguridade social atual, nas palavras de Milton Santos (SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Record, 2008, p. 42), “*mata a noção de solidariedade, devolve o homem à condição primitiva do cada um por si e, como se voltássemos a ser animais da selva, reduz as noções de moralidade pública e particular a um quase nada*”.

Nesse contexto, a solidariedade que orienta o RGPS autoriza a incidência da contribuição previdenciária sobre rendimentos de trabalhadores que não auferirão aposentadoria em função desses rendimentos. **Em síntese, pelo ordenamento jurídico vigente, os aposentados que retornam à atividade são contribuintes obrigatórios do RGPS apenas a guisa de observância da solidariedade no custeio da seguridade social, e não para renovar sua filiação ou modificar a natureza do seu vínculo.**

Por outro lado, o argumento de que toda contribuição para o Regime Geral da Previdência Social deve gerar uma contraprestação, *data maxima venia* aos que entendem em contrário, não me convence, pois, de acordo com o questionamento de Cirlene Luiza Zimmermann (*Desaposentação: a vedação constitucional da simulação de renúncia à aposentadoria e as propostas para a legalização do recálculo do benefício*, Juris Plenum: Previdenciária, Caxias do Sul, v. 1, n. 1, fev. 2013, p. 33-55) “*se assim fosse, qual é a contraprestação das outras fontes de financiamento do sistema (empresas, loterias, importadores)?*”.

Não bastasse, o caráter contributivo, de filiação obrigatória, indica que apenas aqueles que contribuem têm direito a perceber benefícios previdenciários – observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial –, não havendo se falar em correlação direta contribuição/benefício. Assim, o caráter contributivo do sistema previdenciário brasileiro pressupõe, no caso do Regime Geral da Previdência Social – RGPS, um custeio específico, em que as contribuições de toda a coletividade servem para financiar todo o sistema, aplicando-se o princípio da solidariedade e afastando-se a necessidade de correspondência entre custeio e benefício.

RE 661256 / SC

Consectariamente, inexistente qualquer vedação constitucional a que se estabeleça contribuição previdenciária de indivíduos que não visem a benefícios futuros, sobretudo porque o RGPS se organiza pelo *regime de caixa ou repartição simples*, no qual a contribuição dos ativos se destina ao custeio dos benefícios já concedidos, de sorte que não existe a formação de poupança para o custeio dos benefícios ainda por conceder, como se dá no *regime de capitalização*. Recorde-se, no mesmo sentido, que o Regime Geral da Previdência Social possui natureza estatutária e não contratual, de modo que a aquisição dos direitos subjetivos, nesses casos, se dá apenas com previsão legal, estabelecendo os mesmos direitos a todos os indivíduos, sem qualquer espaço para intervenção da vontade individual. O dever do seu recolhimento é *ex lege* e não decorre de relações contratuais ou da existência de relação sinalagmática.

Outrossim, note-se que a tese da desaposentação pretende que seja reconhecido o direito à nova aposentadoria, com renúncia aos proventos já auferidos. De todo modo, a questão poderia ser analisada como se, na verdade, fosse um mecanismo para posterior elevação do benefício de aposentadoria. Mesmo nesse caso, haverá um sério conflito com a *ratio* normativa encartada na Constituição, uma vez que estará aberto o caminho para que o trabalhador, ao invés de permanecer mais tempo em atividade para perceber proventos maiores, por cumprir maior tempo de serviço, aposente-se antecipadamente, preenchendo os requisitos mínimos, e, mantendo a contribuição, possa, posteriormente, requerer a modificação dos seus proventos.

Trata-se de expediente incompatível com o desiderato do constituinte reformador, que, com a edição da EC 20/98, deixou claro seu intento de incentivar a postergação das aposentadorias (observe-se, por exemplo, o *pedágio* de tempo de contribuição instituído pelo art. 9º, II, “b” e § 1º, I, “b”, da EC 20/98).

Portanto, admitir a desaposentação significa, na verdade, admitir uma aposentadoria em duas etapas, sendo que, entre uma e outra, perceber-se-iam proventos reduzidos. Seria, ao fim e ao cabo, a Previdência Social financiando a própria majoração dos proventos, com

RE 661256 / SC

evidente dano ao equilíbrio financeiro e atuarial do RGPS, preconizado pelo *caput* do art. 201 da Lei Fundamental.

Internamente, no Brasil, o sistema do Regime Geral da Previdência Social encarta duas particularidades que acabam por incentivar de forma perversa o reconhecimento da chamada desaposentação. A primeira é o fato de que o valor do benefício previdenciário independe da existência de outras fontes de renda. Logo, o trabalhador tem um forte incentivo a se aposentar precocemente por tempo de contribuição, continuar no mercado de trabalho formal e buscar, posteriormente, a desaposentação.

Desta maneira, o benefício previdenciário acaba funcionando, por vias transversas, como um seguro contra riscos inerentes ao mercado de trabalho, como o desemprego, posto que terá garantia de renda, de forma vitalícia e em prestações continuadas, caso seja afastado/demitido. De certa forma, transfere o risco de geração de renda para a entidade previdenciária, ao mesmo tempo em que procura obter a condição de pleitear, no futuro, a revisão do benefício previdenciário.

A segunda particularidade, que potencializa os efeitos da primeira, é a inexistência de idade mínima para obtenção da Aposentadoria por Tempo de Contribuição - ATC. No Brasil, atualmente, os trabalhadores formais do setor privado devem, compulsoriamente, contribuir ao Regime Geral de Previdência Social – RGPS do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Nos termos do art. 98 da Lei 8.213/1991, após 35 anos de contribuição, no caso dos homens, e 30 anos, nos casos das mulheres, atinge-se a única condição mínima de elegibilidade para a obtenção de uma Aposentadoria por Tempo de Contribuição – ATC. Pessoas ainda bastante jovens obtêm a aposentadoria, mas não se retiram do mercado de trabalho, sendo que, posteriormente, pleiteiam a desaposentação.

Cumprе esclarecer, para clarificar o deslinde da controvérsia, que o valor do benefício da aposentadoria é, hodiernamente, calculado com base na média salarial do segurado e do Fator Previdenciário. Esta fórmula foi criada pela Lei 9.876/99 e tem por objetivo introduzir maior grau de equilíbrio atuarial à relação entre contribuições e benefícios. Parte

RE 661256 / SC

da seguinte premissa: incentiva os trabalhadores a postergarem a aposentadoria, por intermédio da redução do valor do benefício daqueles que decidiram se aposentar mais cedo.

Atualmente, portanto, o segurado possui duas opções: *(i)* fazer uso do incentivo propiciado pelo fator previdenciário e se aposentar com mais idade e maior tempo de contribuição, com valor de benefício maior, e *(ii)* sofrer as consequências do desestímulo trazido pelo mesmo fator, aposentando-se mais jovem e com menor tempo de contribuição, com valor de benefício menor, mas podendo cumular tal benefício com remuneração.

Ocorre que, permitida a desaposentação, inverte-se a ordem do sistema, criando-se uma espécie de pré-aposentadoria, que funcionaria como uma poupança. É que, a partir deste momento, todos aqueles que tiverem condições de se aposentarem proporcionalmente, serão motivados a buscar o benefício, cumulando-o com a remuneração, até porque terão a certeza que, após o tempo necessário de serviço, poderão requerer a desaposentação e utilizar-se do cálculo atuarial integralmente a seu favor. Neste caso, o segurado teria o melhor dos mundos. Passaria o interregno faltante entre a aposentadoria proporcional e a integral percebendo os proventos cumulados com a remuneração, uma pré-aposentadoria, e, após, renunciaria à aposentadoria e teria o benefício nos mesmos moldes daquele que se curvou ao Sistema e aguardou o prazo para ter direito à aposentadoria integral. Sem dúvida alguma, tal entendimento não é o que se coaduna com o ordenamento jurídico e com o sistema previdenciário erigido para o contexto brasileiro.

Os segurados, desse modo, seriam estimulados a aposentar-se precocemente, assim que reunissem os requisitos mínimos para tanto, a fim de receberem o valor da aposentadoria, ainda que proporcional, e, por intermédio do seu salário, continuarem contribuindo para o sistema previdenciário para o recálculo posterior dos valores dos seus benefícios, buscando índices mais vantajosos do fator previdenciário.

Obviamente, por intermédio de atuação manifestamente **volitiva**, tal orientação permitiria a manipulação das variáveis da fórmula do fator

RE 661256 / SC

previdenciário pelo segurado no momento em que foram mais benéficas, deixando a cargo do segurado a fixação do termo da contingência programada por mais de uma vez, em detrimento de toda a coletividade dos segurados que efetivamente exerceram uma única decisão pela aposentadoria, de acordo com o objetivo do sistema atual. Além de flagrante ultraje ao princípio da isonomia, há um desvirtuamento do sistema da aposentadoria proporcional, na medida em que convola-se numa pré-aposentadoria, que aguarda, com rendimentos mensais, o cumprimento do tempo e das parcelas para aposentadoria integral.

Além disso, há outro ponto essencial a ser trazido a discussão.

É que, em qualquer caso, a sede adequada da inauguração da desaposentação no mundo jurídico é, indubitavelmente, o Poder Legislativo, que, no ambiente dialógico majoritário, poderá conceber uma equação atuarial específica para essas situações, de modo que, tanto os proventos já recebidos quanto as contribuições posteriores possam ser computadas e devidamente equacionadas.

O legislador deve, pois, elaborar os critérios e cálculos atuariais justos de um eventual recálculo das parcelas da aposentadoria, amparados por estudos que garantam o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema, para possibilitar o complemento da aposentadoria nos casos em que houve contribuição após a jubilação. É, pois, no âmbito do Congresso Nacional que as partes interessadas na desaposentação terão, efetivamente, o amparo legal.

Constatada a premissa que, de modo diverso ao que constatado em momentos históricos anteriores, em que as pessoas se aposentavam e se retiravam, definitivamente, do mercado de trabalho, a sociedade contemporânea, marcada por sua liquidez (BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001), tem decidido continuar trabalhando no período pós-aposentadoria, impõe-se que o Legislativo pondere a melhor forma de adequá-los à Previdência a exigir diferentes e inovadoras respostas do ordenamento jurídico.

Noutro giro, verifica-se que políticas públicas oriundas do Direito Comparado trazem diversas possibilidades e orientações protetivas

RE 661256 / SC

àqueles que, mesmo aposentados, decidem continuar na ativa, contribuindo, portanto, à Previdência. O doutrinador Fábio Zambitte Ibrahim (*Desaposentação*. 5ª ed. Niterói: Impetus, 2011. p. 144) esclarece que em Portugal, *verbi gratia*, aos trabalhadores é permitido retornar à atividade, tal como ocorre no Brasil, e, nessas situações o montante da aposentadoria é atualizado, sempre, a partir do dia 1º de janeiro de cada ano, trazendo melhorias financeiras à aposentadoria.

Já no Canadá, apesar de ser permitida a continuidade do labor remunerado, há um critério monetário de aposentadoria, de modo que, alcançando o valor máximo do benefício, o jubilado que continuar trabalhando não terá mais suas contribuições vertidas em seu prol.

No Chile, de outro modo, o antigo sistema previdenciário público foi privatizado e transformado em um sistema compulsório de capitalização, pelo qual cada pessoa forma um fundo (individual ou coletivo) em que são investidos pecúlios, destinado exclusivamente à sua aposentadoria. O recálculo do benefício do segurado aposentado chileno se dá pelas contribuições que se acumulam na conta de capitalização individual, que podem ser feitas de maneira livre quanto ao tempo, mesmo após ter se aposentado.

Nesse diapasão, transparece a necessidade de se prestigiar a liberdade de conformação do legislador, que poderá instituir regime alternativo que, atento às diretrizes previdenciárias encartadas pela Constituição, atenda aos reclamos dos aposentados, que desejam o recálculo dos proventos após determinado tempo de continuidade na ativa. Tal medida concretiza a correta deferência do Poder Judiciário perante o Poder Legislativo. Com efeito, um *standard* de atuação legítima do Judiciário reside, justamente, na manutenção e adequado funcionamento das instituições democráticas. Assim, como bem adverte John Hart Ely (*Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980), esta Corte Constitucional deve atuar de maneira mais ativa para proteger direitos e valores diretamente relacionados com o funcionamento da democracia.

RE 661256 / SC**II****CASO CONCRETO SUBMETIDO À REPERCUSSÃO GERAL**

In casu, Valdemar Roncaglio aposentou-se em 08/10/1992, por tempo de contribuição, sendo considerado o período de 27 anos de contribuição. Contudo, o recorrido continuou a trabalhar e requereu nestes autos a sua desaposentação, para que o tempo de contribuição após ter se aposentado também pudesse ser computado, de modo que o tempo total de contribuição passaria os 35 anos de contribuição, ensejando o direito ao percentual máximo do salário de benefício.

O pedido de desaposentação foi julgado improcedente pelo juízo singular, provimento que foi reformado pela segunda instância (TRF da 4ª Região) que reconheceu o direito a desaposentação, mas o condicionou à restituição dos valores recebidos em razão da primeira aposentadoria.

O STJ, por seu turno, reconheceu o direito de Valdemar a se desaposentar e se aposentar novamente, independentemente da restituição dos valores percebidos em razão da primeira aposentadoria.

Assim, o Recorrente faz jus ao que pretende: reformar os acórdãos impugnados para afastar o direito à revisão do benefício regularmente concedido.

Consectariamente, acompanho a divergência inaugurada pelo Ministro Dias Toffoli, e amparada pelo Ministro Teori Zavascki, para **dar provimento** aos recursos extraordinários do Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS.

Ademais, acompanho a tese de Repercussão Geral proposta pelo i. Ministro Dias Toffoli, que possui o seguinte teor: “no âmbito do Regime Geral de Previdência Social – RGPS, somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à desaposentação, sendo constitucional a regra do art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91”.

26/10/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 661.256 SANTA CATARINA

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente,
Vossa Excelência me concede apenas uma observação?

Eu não me esforço para convencer ninguém, as pessoas já têm as suas convicções, mas eu só gostaria de defender a base teórica do meu voto. Penso que não há um problema de legalidade, com todas as vênias do Ministro Fux, e acho que o princípio da legalidade, de longa data, já não significa mais que o administrador só pode fazer aquilo que a lei expressamente disse. Que só é vedado ao particular o que a lei interdita, certamente, mas a ideia de que o administrador só possa fazer alguma coisa que a lei autorize é um conceito historicamente, modernamente superado por uma ideia mais ampla que é o princípio da juridicidade, que supera o da legalidade, em que se aplica não uma norma específica, mas o sistema jurídico. Portanto, toda a evolução do pensamento moderno - Paulo Otero, em Portugal; no Brasil, Gustavo Binembojm tem um trabalho sobre isso - substitui a ideia de legalidade pela ideia de juridicidade, que inclui, evidentemente, os princípios constitucionais e a interpretação sistemática do ordenamento jurídico. Assim, quando a lei interdita alguma coisa, quer dizer, se a lei vedar expressamente alguma coisa, evidentemente não cabe ao intérprete reconhecer o direito. Mas, quando a lei não se pronuncia sobre alguma coisa, é preciso verificar se houve um silêncio eloquente em que a lei deliberadamente não disse porque não quis dizer, ou se há uma omissão. Se há um silêncio eloquente, isso pode ser constitucional ou não; e, se há uma omissão, é preciso sanar aquela omissão interpretando os princípios do sistema. Desse modo, entendo que, ao aplicar os princípios do sistema diante da omissão do legislador em prover sobre a desaposentação, ele deveria ter o direito nas bases em que eu propus. Se o legislador se pronunciar sobre a matéria, aí prevalece a vontade dele. Portanto, a preferência da lei existe,

RE 661256 / SC

mas a ausência de lei explícita não impede o intérprete de aplicar o sistema jurídico inteiro. Assim, com todas as vênias, a ideia de legalidade estrita está substituída pela de juridicidade, respeitada a preferência da lei.

Por fim, entendo e respeito que o eminente Luiz Fux considere um equívoco expressivo eu entender que uma contribuição previdenciária possa ser, no que diga respeito ao empregado, um tributo vinculado. Porque o sistema é baseado em solidariedade e em contribuição; a solidariedade se manifesta no aporte que é feito pelas empresas - porque as empresas não têm benefício direto -, se manifesta nos aportes orçamentários. Mas, quando o empregador recolhe uma contribuição previdenciária - empregador privado, porque a tributação dos inativos no setor público teve emenda constitucional e chancela do Supremo, no regime privado, no regime geral; esse é o meu ponto de vista -, ele tem direito a, pelo menos, algum tipo de benefício. Não existe comutatividade, portanto, o recolhimento da contribuição previdenciária não significa necessariamente um benefício proporcional, mas algum benefício ele tem que ter, porque, senão, ele teria sido eleito arbitrária e discricionariamente pelo sistema para financiar os outros, o que não me parece razoável.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ministro, Vossa Excelência me permite ressaltar um aspecto?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Claro. É um prazer.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Se formos ao § 11 do artigo 201 da Constituição Federal, constataremos que há repercussão. O preceito se refere à consequente repercussão nos benefícios. Remete à lei – na forma da lei –, mas não dá carta em branco ao legislador ordinário para simplesmente afastar do cenário jurídico o benefício.

RE 661256 / SC

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Existem razões muito plausíveis e defensáveis na posição diversa da que sustentei. Apenas estou reafirmando a consistência doutrinária do que defendi, o que não infirma convicções diversas, mas, com todas as vênias, não considero um equívoco expressivo. Muito obrigado.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Na verdade, usei o princípio da legalidade para dizer que há várias conotações do princípio da legalidade. E também o utilizei, embora, no caso, o Ecade tenha afirmado aqui o princípio da juridicidade, que é hoje o princípio reinante na Administração Pública, moderno, no Direito Administrativo. E conheço a obra do professor Gustavo Binenbojm...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - E no Supremo: nepotismo, uniões homoafetivas, anencefalia, tudo isso foi juridicidade, sem lei, sem legalidade.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Eu conheço o trabalho do Gustavo Binenbojm.

Eu me centrei não só porque os outros votos - e até o voto de hoje do Ministro Edson Fachin - assentaram a questão expressa da legalidade, mas por entender de enfatizar essa questão porque a própria síntese do voto de Vossa Excelência é assim. *"Até que seja editada a lei que trate da matéria, será adotado o seguinte critério: se não houver lei no prazo de três meses"*.

Então, só usei o princípio da legalidade para dizer que, efetivamente, se vossa Excelência entende que tenha de vir uma lei - isso o Ministro Edson Fachin entende que tem de vir uma lei - e não temos uma lei, estamos diante de uma ausência de legalidade.

Essa foi exatamente a ideia que quis repassar. De forma alguma, Ministro Barroso, quis dizer que Vossa Excelência cometeu um grave equívoco, porque é muito difícil Vossa Excelência cometer até um leve equívoco, mas a verdade é que entendo que os autores que tratam do

RE 661256 / SC

Direito Previdenciário insistem nessa tese de que é uma contribuição graciosa, porque foi assim que o Supremo Tribunal Federal pôde justificar a contribuição dos aposentados, que não recebem nada em troca. Foi exatamente por isso que se entendeu que a solidariedade tem esse efeito amplo. Mas, se Vossa Excelência entendeu que eu me referi ao seu voto como grave equívoco, não teria efetivamente essa ousadia *maxime* diante da eminência e da inteligência de Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Obrigado, Ministro Fux.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 661.256 SANTA CATARINA

V O T O

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: O Supremo Tribunal Federal é instado, mais uma vez, a manifestar-se sobre tema de relevância em relação ao sistema previdenciário adotado no Brasil. Como procurarei demonstrar adiante, os temas suscitados não são novos, muito embora as peculiaridades das circunstâncias ora discutidas exijam um exame mais aprofundado a respeito da incidência das normas constitucionais, *in casu*, assim como de sua regulação infraconstitucional, sobre as pretensões deduzidas nos recursos extraordinários em discussão.

Especificamente, os recursos extraordinários suscitam a discussão quanto à legitimidade de eventual direito de o segurado promover a denominada desaposentação, que consiste na efetivação da renúncia a uma aposentadoria já concedida no âmbito do Regime Geral da Previdência Social, para o fim de, após determinado período de contribuição, obter um novo enquadramento, com base em um cálculo de benefício mais favorável ao segurado.

Diante do tema colocado, o Ministro Relator houve por bem dar parcial provimento aos recursos extraordinários, para garantir o direito à desaposentação, consoante os critérios estabelecidos em seu voto. A conclusão a que chegou foi norteadas pelas seguintes premissas:

“a) o Regime Geral da Previdência Social constitui um sistema baseado em duplo fundamento: contributivo e solidário;

b) inexistência de comutatividade estrita entre contribuição e benefício, em razão do caráter solidário do sistema. De outra parte, não é legítima a cobrança de contribuição sem oferta de qualquer benefício real, em razão do caráter contributivo do sistema;

c) compromete o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema o incentivo a aposentadorias precoces. Sobre tudo, viola o princípio da isonomia que aqueles que tenham passado à inatividade precocemente desfrutem de situação mais favorável do que aqueles que permaneceram mais tempo em atividade,

RE 661256 / SC

sem se beneficiarem do sistema previdenciário;

d) o art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 não contempla a situação de alguém que tenha se aposentado e, havendo voltado à atividade, deseje renunciar à primeira aposentadoria para obter uma nova. Vale dizer: existe uma lacuna na legislação.

e) a lacuna é explicável porque, anteriormente, até o advento da Lei nº 9.032/95, vigorava um sistema de pecúlio – com a devolução das contribuições efetuadas após a aposentadoria no momento em que o segurado passasse, em definitivo, à inatividade. Diante disso, a questão da desaposentação não se colocava”.

Discute-se, portanto, se seria compatível com o texto constitucional a realização de renúncia à primeira aposentadoria concedida no âmbito do RGPS, por segurado que opta por retornar ao mercado de trabalho, bem como sobre as repercussões pretendidas, em relação à majoração do cálculo de novo benefício.

Mais especificamente, alega-se, nas razões recursais do INSS, no âmbito do RE 661.256 e RE 827833, em síntese, violação: (i) ao ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, da CF/88); (ii) ao princípio da solidariedade (artigos 40, 194 e 195 da CF/88) e (iii) ao princípio da isonomia, aplicável aos segurados (art. 5º, *caput*, e 201, § 1º, da CF/88).

No RE 381.367, os recorrentes segurados apontam (i) violação ao artigo 201, § 11, da Constituição Federal e (ii) conflito do artigo 18, § 2º, da Lei 8.213/91 com o texto constitucional, ao vedar a repercussão da contribuição previdenciária no benefício do segurado aposentado que permanece na ativa ou a ela retorna.

1. Do sistema previdenciário adotado pela Constituição Federal e da interpretação do Supremo Tribunal Federal

Presidente, certamente o debate tem sido bastante proveitoso e interessante, inclusive nas iterações e reiteraões de argumentos feitos ao

RE 661256 / SC

longo do julgamento.

Estou repassando, em rápidas considerações, o aspecto do sistema previdenciário adotado pela Constituição e a interpretação do Supremo, dizendo que a alteração no texto da Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 20/98, como se sabe, foi instituída com o específico propósito de atendimento ao princípio do equilíbrio financeiro e atuarial da seguridade social, em razão de uma dissociação entre a receita resultante das contribuições e os custos com os benefícios concedidos.

Um dos principais fatores que fundamentavam, à época, o desequilíbrio entre as receitas e as despesas no sistema da seguridade social se consubstanciava exatamente no montante despendido, em razão da aposentadoria precoce dos segurados – se não estimulada pelo arcabouço regulatório vigente, mas, ao menos, não desincentivada. E esse é um ponto importante: não fosse a aposentadoria precoce, certamente esse debate nem se colocaria do ponto de vista fático. Em muitos países, a aposentadoria se dá com 65, 66, 67 ou 68 anos. Há limite, portanto, de idade. Logo, dificilmente, as pessoas que viessem a se aposentar se animariam a obter um outro emprego, ou pelo menos o número seria bastante reduzido.

Diante da reformulação pela qual passou, no Congresso Nacional, a proposta original da Emenda Constitucional 20/98, no que concerne especificamente à rejeição da previsão de uma idade mínima para aposentadoria, foi editada a Lei 9.876/99 com o intuito de reduzir a referida distorção.

O fator previdenciário introduzido pela citada lei teve por objetivo suprir essa lacuna ao instituir, para a aposentadoria voluntária no RGPS, forma de cálculo que contemplasse a idade do segurado, o tempo de contribuição e a expectativa de vida. Pretendeu-se, portanto, não apenas uma redução no déficit do sistema previdenciário, mas, principalmente, o estabelecimento de uma correlação mínima entre o período de contribuição do segurado e os benefícios a serem concedidos. É claro que aqui não há uma corresponsabilidade exata, nem pode ocorrer. Há vários incidentes que se manifestam e exigem que se assegure o princípio da

RE 661256 / SC

solidariedade.

Muito embora o advento do fator previdenciário tenha se revelado como uma ferramenta importante para adequar os critérios de cálculo dos benefícios à realidade contributiva verificada no sistema, não houve, é importante frisar, uma alteração no modelo adotado na Constituição Federal.

Houve, de fato, e no caso específico da aposentadoria por tempo de contribuição, uma adaptação do modelo em questão, para o fim de se instituir um regime híbrido, caracterizado por alguns autores como capitalização virtual. Tal modelo é constituído por contribuições não individualizadas, mas que, por outro lado, integram, em conjunto com a expectativa de vida, o cálculo do valor do benefício a ser pago.

Com efeito, e realizados os devidos apontamentos, o sistema brasileiro é identificado precipuamente com o modelo contributivo de repartição, assim caracterizado pela imposição de contribuições por diversas entidades, incluindo os potenciais beneficiários, para a constituição de um fundo destinado a suprir demandas de segurados que, nos termos das normas previdenciárias, teriam direito à concessão dos benefícios, mas é evidente que longe está de se imaginar que a contribuição dos beneficiários é decisiva para a sustentação do sistema.

A opção pelo modelo de repartição está expressamente consignada no artigo 195 da Constituição Federal, que dispõe que *“a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados do Distrito Federal e dos Municípios”*, além das contribuições sociais previstas no texto constitucional e nas normas que regem a matéria.

O sistema de repartição adotado pela Constituição Federal está em linha com o princípio da solidariedade, que é definido pela doutrina, nos seguintes termos:

“A Previdência Social se baseia, fundamentalmente, na solidariedade entre os membros da sociedade. Assim, como a noção de bem-estar coletivo repousa na possibilidade de proteção de todos os membros da coletividade, somente a partir

RE 661256 / SC

da ação coletiva de repartir os frutos do trabalho, com a cotização de cada um em prol do todo, permite a subsistência de um sistema previdenciário. (...) Ressalta Daniel Machado da Rocha que 'a solidariedade previdenciária legitima-se na ideia de que, além de direitos e liberdades, os indivíduos também têm deveres para com a comunidade na qual estão inseridos', como o dever de recolher tributos (e contribuições sociais, como espécies destes), ainda que não haja qualquer possibilidade de contrapartida em contraprestações (é o caso das contribuições exigidas dos tomadores de serviços). Envolve, pelo esforço individual, o movimento global de uma comunidade em favor de uma minoria – os necessitados de proteção – de forma anônima". (CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de Direito Previdenciário. 13. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 112).

Verifica-se, portanto, que, pelo princípio da solidariedade, a contribuição para custeio do sistema no modelo de repartição se caracteriza por se tratar de obrigação de caráter coletivo e não individualizado.

E aqui podemos ter, realmente, erros de perspectiva.

O referido modelo não se confunde com o contributivo de capitalização, que, diferentemente, é caracterizado pela constituição de um fundo, individual ou coletivo, que, no momento oportuno, será revertido diretamente para aqueles contribuintes que concorreram para a sua formação. Tal modelo é exemplificado pelas previdências privadas e pelos fundos de pensão.

De fato, no modelo brasileiro, não há uma correlação sinalagmática entre as contribuições acumuladas e os benefícios concedidos – muito embora deva ser considerada uma adequação entre receita e dispêndio, a se manter o equilíbrio atuarial. Tal premissa está fundamentada no princípio da solidariedade, que norteia o nosso modelo de seguridade social e exige a conjunção de esforços por parte de uma coletividade para a manutenção do sistema, independentemente de uma correlação estrita com uma contrapartida específica para a contribuição concedida.

RE 661256 / SC

Não destoa, portanto, do sistema previdenciário brasileiro, à luz do princípio da solidariedade, o entendimento de que a exigência da contribuição não resulta, direta e imediatamente, em uma legítima expectativa de um direito do recebimento de um benefício em contrapartida. A concessão do benefício, ao contrário, requer o cumprimento das exigências previstas nas normas infraconstitucionais que regulam a matéria, por expressa determinação constante do artigo 201 da Constituição Federal.

Sob moldura fática diversa, o Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de manifestar-se a respeito, em mais de uma oportunidade, assentando o entendimento no sentido de que da imposição da contribuição não decorre, necessariamente, um aumento proporcional no benefício.

Refiro-me, entre outros julgados, ao que foi decidido na ADI 1.441-DF. *Mutatis mutandis*, ao examinar a questão da contribuição dos inativos, outra não foi a conclusão a que se chegou no Plenário da Corte. A propósito, no âmbito da decisão cautelar proferida nos autos da ADI 1.441-DF, restou consignado o seguinte:

“Extensão, aos proventos dos servidores Públicos inativos, da incidência de contribuição para o custeio da previdência social. Insuficiente relevância, em juízo provisório e para fins de suspensão liminar, de arguição de sua incompatibilidade com os artigos 67; 195, II; 40, § 6º; 194, IV e 195, §§ 5º e 6º, todos da Constituição Federal. Medida cautelar indeferida, por maioria”. (ADI 1441 MC, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI, DJ 18.10.1996)

O referido entendimento foi ratificado na ADI 1.430 (Rel. Min. Moreira Alves, DJ 13.12.96) e, mais recentemente, na ADI 3105, da relatoria do Ministro Cezar Peluso.

Naquela oportunidade, manifestei-me nos seguintes termos:

“O princípio do 'equilíbrio financeiro e atuarial' contém basicamente duas exigências. A primeira impõe que as receitas

RE 661256 / SC

sejam no mínimo equivalentes aos gastos, e aqui temos o denominado equilíbrio financeiro. A segunda exigência, relativa ao equilíbrio atuarial, determina a adoção de correlação entre os montantes com que contribuem os segurados e os valores que perceberão a título de proventos e pensões.

No que se refere ao equilíbrio atuarial, portanto, exige-se uma correlação entre os montantes relativos à contribuição e ao benefício. Ocorre que a Constituição já dispõe sobre o valor dos benefícios previdenciários dos servidores públicos. Assim, para se cumprir o mandamento constitucional de preservação do mencionado equilíbrio, reconhecido inclusive por este Supremo Tribunal Federal (ADIn's 2.110 e 2.111, Rel. Min. Sydney Sanches, Informativo no 181), resta ao Estado tão-somente disciplinar a questão da contribuição. Todavia, o valor da contribuição incidente sobre a remuneração dos servidores em atividade não poderia implicar confisco, nem assumir valores exorbitantes, tornando insustentável a vida financeira do indivíduo”.

Ora, no referido julgamento, diante de hipótese em que se impunha ao segurado uma contribuição incidente sobre o benefício na inatividade, não se identificou nenhuma inconstitucionalidade na escolha legislativa adotada, ainda que ausente uma comutatividade estrita entre a contribuição exigida e eventual aumento nos benefícios, na perspectiva particular do segurado.

Se, naquela oportunidade, portanto, não se considerou inconstitucional a inobservância da referida comutatividade, com muito mais razão não se deveria invocá-la, nesta hipótese, para se fundamentar um pedido de majoração do benefício, em razão da opção voluntária do segurado de retornar ao mercado de trabalho.

O que se pretende defender com as teses da desaposentação, a rigor, é que o critério da comutatividade seja utilizado apenas parcialmente e de modo a atender o pleito de se majorar o benefício, sem a devida correspondência na fonte de custeio. De fato, em primeiro lugar, porque não há, no sistema brasileiro do RGPS, a constituição de um fundo

RE 661256 / SC

particularizado que, após formado, seria revertido única e exclusivamente para os contribuintes que dele participaram. Em segundo lugar, o acréscimo adicional de contribuição, como dito acima, não se mostra compatível com o benefício total auferido pelo segurado.

Em outras palavras, pleiteia-se o melhor dos dois sistemas. De um lado, não se impõe particularmente o ônus pela provisão dos recursos que sustentarão seu próprio benefício. De outro, exige-se uma contrapartida, custeada pelo fundo comum, por uma contribuição adicional (não equivalente) do particular.

Na situação ora em debate, portanto, o contexto fático se amolda a regras infraconstitucionais que, apesar de tolerarem a aposentadoria precoce, a desincentivam, com base nos critérios de cálculos que consideram o tempo de contribuição, os salários de contribuição, bem como a expectativa de vida do segurado. Ou seja, a inatividade precoce seria desestimulada pela imposição de desvantagens no cálculo do benefício, na medida em que se considera, por outro lado, a previsão de recebimento do benefício por mais tempo – a se levar em conta a expectativa média de vida da população brasileira.

Na verdade, a inspiração que norteia o fator previdenciário é de uma poupança virtual. Na medida em que se estima que alguém que decida pela aposentadoria precoce ficará mais tempo no sistema – fará jus, portanto, por um tempo maior ao benefício –, logo, ele terá que sacar uma aposentadoria ou uma pensão menor por um período mais longo. É o que se chama de um modelo de poupança de caráter virtual.

Nesse sentido, o que ocorre, na hipótese dos autos, é uma submissão voluntária aos critérios de cálculo do salário de benefício, com os devidos consectários decorrentes da aposentadoria precoce e, em seguida, um retorno ao mercado de trabalho, quando, então, exigir-se-iam as contribuições pertinentes. Em razão das contribuições adicionais, pretende-se justificar uma revisão do benefício, ainda que incompatível com os aportes efetivados.

Não parece razoável, portanto, que dessas circunstâncias fáticas resulte legítima a imposição de um ônus ao sistema, fundamentado no

RE 661256 / SC

princípio da solidariedade e, por conseguinte, custeado por uma coletividade, com o argumento de que se haveria de reconhecer uma necessária contrapartida, em benefícios, ao particular que havia se submetido às regras da aposentadoria precoce, tendo a elas renunciado posteriormente.

Não se diga, por outro lado, que o artigo 201, § 11, exigiria, à luz da hipótese dos autos, uma correspondência específica entre o salário habitual do empregado, contribuição previdenciária e salário de benefício. A rigor, o referido dispositivo confere à lei ordinária a incumbência de regulamentar a matéria, o que, de fato, foi feito pela Lei 9.876/99, norma esta que contemplou tais aspectos na fórmula de cálculo do benefício, ao instituir a incidência do fator previdenciário. Na hipótese dos autos, tais fatores foram devidamente considerados ao se fazer incidir a fórmula de cálculo do salário de benefício por ocasião da concessão da aposentadoria.

2. Da suposta omissão legislativa e do princípio da legalidade

Vem também o argumento da suposta omissão legislativa e do princípio da legalidade.

Um dos pontos relevantes da Emenda Constitucional nº 20 foi a autorização expressa à legislação ordinária da tarefa de concretização normativa relativa à implementação do sistema da seguridade social.

Nesse contexto, a já mencionada Lei 9.876/99 instituiu o fator previdenciário e estipulou a fórmula de cálculo dos benefícios, levando-se em consideração o tempo de contribuição, os salários de contribuição e a expectativa de sobrevida do segurado. Paralelamente, a Lei 9.528/97 alterou o RGPS, estipulando, em seu artigo 2º, que a nova redação do artigo 18, § 2º, da Lei 8.213/91 seria a seguinte:

“Art. 18. O Regime Geral de Previdência Social compreende as seguintes prestações, devidas inclusive em razão de eventos decorrentes de acidente do trabalho, expressas em benefícios e serviços

RE 661256 / SC

§2º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social-RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado”.

Vale mencionar que, até 1994, os segurados do RGPS que contribuíram, após a aposentadoria, em razão de atividade laboral desenvolvida, recebiam uma restituição das contribuições aportadas, na forma de pecúlio, nos termos da revogada redação dos artigos 81 e 82 da Lei 8.213/91.

Com o advento da Lei 8.870/94, o referido pecúlio foi abolido. Adicionalmente, foram acrescentados o § 4º no art. 12 da Lei 8.212/91, bem como o § 3º no art. 11 da Lei 8.213/91, que passaram a prever expressamente a obrigatoriedade da contribuição por parte do aposentado que retorna à atividade regulada pelo RGPS. Os aposentados que retornam à atividade laboral, portanto, passaram a contribuir de forma genérica para o custeio do sistema da seguridade social.

Atualmente, assim, a legislação em vigor reforça a necessidade de contribuição universal, em concretização ao princípio da solidariedade, sem vinculá-la a nenhum benefício em contrapartida específica. Nesse contexto, portanto, é que se insere a norma prevista no artigo 18, § 2º, da Lei 8.213/91, acima especificada.

No mesmo sentido, o Decreto 3.048/99, em seu artigo 181-B, explicita o seguinte:

“Art. 181-B. As aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial concedidas pela previdência social, na forma deste Regulamento, são irreversíveis e irrenunciáveis”.

Em suma, os dispositivos acima mencionados não deixam dúvidas quanto à vedação da desaposentação no âmbito do ordenamento previdenciário brasileiro. O artigo 18, § 2º, da Lei 8.213/91 é explícito ao

RE 661256 / SC

restringir as prestações da Previdência Social, na hipótese dos autos, ao salário-família e à reabilitação profissional. O Decreto 3.048/99, no dispositivo 181-B, transcrito acima, é, igualmente, cristalino quanto à irreversibilidade e à irrenunciabilidade da aposentadoria por tempo de contribuição.

Não se verifica, assim, uma omissão normativa em relação ao tema em apreço. As normas existem e são expressas na vedação à renúncia da aposentadoria de modo a viabilizar a concessão de outro benefício com o cálculo majorado.

Nada obstante a previsão expressa do texto legal, deve-se, a rigor, avaliar a compatibilidade das referidas normas com o texto constitucional.

A esse respeito, todavia, parece-me que o conteúdo das normas em apreço está em consonância com os princípios acima identificados, adotados no sistema constitucional de previdência social. Especificamente, as normas em questão estão a concretizar, em relação ao tema ora debatido, os princípios da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial da seguridade social. Tal como explicitado, os dispositivos mencionados estão situados em um arranjo normativo advindo de um contexto de relevante preocupação em relação à saúde financeira e atuarial do nosso sistema, arranjo no qual se insere a norma prevista na Lei 9.876/99, que instituiu o fator previdenciário, com vistas a adequar a realidade de custeio com as receitas percebidas no âmbito do sistema.

A contrario sensu, frise-se, não se verifica uma regulamentação que estabeleça as regras e critérios por meio dos quais a denominada desaposentação deverá ocorrer. Referido aspecto mostra-se ainda mais relevante diante dos dispositivos expressos acima mencionados.

A esse respeito, não se deve olvidar que a Administração Pública se rege pelo princípio da legalidade, de modo que seria inviável a instituição de novas formas de cálculo do benefício, sem o estabelecimento de critérios normativos específicos para a regulamentação do tema. Ou seja, ausente um regramento expresso e suficiente para resultar nos objetivos

RE 661256 / SC

pretendidos pela desaposentação, sucedida pelo pleito de um novo cálculo para fixação do benefício em condições mais favoráveis, a Administração Pública estaria obstada a conceder as pretensões formuladas pelo segurado, sob pena de violação ao princípio da legalidade.

Nós não podemos esquecer que tivemos uma discussão aqui, muito ampla, a propósito desse tema, quando se tratou da pensão por morte, em que assentamos – e acredito que de forma bastante ampla, se não unânime – que essa regra do artigo 195, §5º, tem um significado que vai além de uma simples limitação ao legislador:

“Art. 195

(...)

§ 5º Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total”.

De fato, quando o Plenário do STF analisou o tema relativo à pensão por morte, no âmbito do RE 597.389 QO-RG, de minha relatoria, assim me pronunciei a respeito:

“A Corte ainda assentou o entendimento de que a majoração de benefícios previdenciários, além de submetida ao postulado da contrapartida (CF, art. 195, § 5º), também depende, para sua legítima adequação ao texto da Constituição da República, da observância o princípio da reserva da lei formal, cuja incidência traduz limitação ao exercício da atividade jurisdicional do Estado.

Por isso, não se revela constitucionalmente possível, ao Poder Judiciário, sob o fundamento de isonomia, estender, em sede jurisdicional, majoração de benefício previdenciário, quando inexistente, na lei, a indicação de correspondente fonte de custeio total, sob pena de o Tribunal, se assim proceder, atuar em legítima condição de legislador positivo, o que contraria o art. 2º da Constituição Federal”. (RE 597.389 QO-RG, de minha

RE 661256 / SC

relatoria, DJe 21.8.2009)

Isso foi muito enfatizado naquele caso, para evitar que houvesse efeito retroativo na concessão. Mas essa não é uma vedação que se aplica tão somente ao legislador. Esse é um vetor hermenêutico que se aplica também ao intérprete. Se não se pode, pela via legislativa, criar benefício sem fonte de custeio, *quid* em relação à criação por via de esforço hermenêutico. Sendo assim, também não se pode pela via jurisprudencial. Sem dúvida nenhuma, a mim me parece que aqui, de fato, há um vetor hermenêutico que vale para o sistema como um todo, tal como nós entendemos, Ministro Fux, no Eleitoral, em relação ao princípio da anterioridade. Aquilo que se impõe ao legislador também se impõe ao tribunal enquanto intérprete. É importante, portanto, que se leve em conta esse aspecto.

É necessário acrescentar que, ainda que assim não fosse, é de conhecimento comum que a Constituição não contém expressões inúteis e até as omissões devem ser interpretadas com algum sentido normativo. *Ad argumentandum*, portanto, por mais que se defenda a existência de uma omissão legislativa (a se desconsiderar a previsão do artigo 181-B do Decreto 3.048/99), não se deve desconsiderar o significativo teor de eventual omissão a respeito do tema.

Tive a oportunidade de escrever sobre o tema em artigo intitulado "*Interpretação Constitucional e Pensamento de Possibilidades*", advertindo que, em muitos casos, o próprio constituinte opta por não regular determinado fato social, deixando, com isso, maior espaço de atuação ao legislador ordinário.

Desse modo, não se cuida aqui de perguntar se a Constituição autoriza, ou não, a desaposentação. Essa matéria está deferida para o legislador ordinário. A Constituição dá diretrizes, entre as quais, o princípio da solidariedade, o equilíbrio do sistema.

Essa ideia de abertura normativa é, mais do que em outras áreas, bastante marcante no Direito Constitucional. Trata-se de atribuir ao legislador ordinário a possibilidade de adaptar as normas à evolução da realidade e às necessidades políticas (CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito**

RE 661256 / SC

Constitucional, p. 1236). Por isso, não se exclui – no voto do Ministro Fachin se percebe isso – a possibilidade de haver mudanças, mas elas terão que ser consonantes com aquilo que está na Constituição. É preciso que eventual expansão de benefícios, que pode ocorrer, indique fontes de custeio. É um princípio de índole material, mas também de hermenêutica.

Lembro então Larenz, que denomina silêncio eloquente da lei as situações em que o legislador propositadamente se abstém de regular algumas questões, a hipótese de determinada matéria não ter sido intencionalmente regulada. Observa ele:

“Poderia pensar-se que existe uma lacuna só quando e sempre que a lei entendida esta, doravante, como uma expressão abreviada da totalidade das regras jurídicas suscetíveis de aplicação dadas nas leis ou no Direito consuetudinário não contenha regra alguma para uma determinada configuração no caso, quando, portanto, se mantém em silêncio. Mas existe também um silêncio eloquente da lei.”(LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 525.)

Em outras palavras: a hipótese de determinada matéria não ter sido intencionalmente regulada pelo legislador não permite que se fale, necessariamente, em lacunas.

Referida constatação se reforça ao se notar que houve uma tentativa, no final de 2015, de se estabelecer um regulamento específico para a desaposentação, no âmbito do Projeto de Lei de Conversão 15/15, que resultou na edição da Lei 13.183/2015.

Naquela oportunidade, objetivou-se regular a matéria nos seguintes termos:

“Art. 6º A Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, passa a vigorar com as seguintes alterações:

‘Art. 18.

.....

§ 2º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social que permanecer em atividade sujeita a esse Regime, ou a

RE 661256 / SC

ele retornar, não fará jus a outra aposentadoria desse Regime em consequência do exercício dessa atividade, sendo-lhe assegurado, no entanto, o recálculo de sua aposentadoria tomando-se por base todo o período contributivo e o valor dos seus salários de contribuição, respeitando-se o teto máximo pago aos beneficiários do RGPS, de forma a assegurar-lhe a opção pelo valor da renda mensal que for mais vantajosa.

‘Art. 25.

§ 1º

§ 2º Para requerer o recálculo da renda mensal da aposentadoria, previsto no § 2º do art. 18 desta Lei, o beneficiário deverá comprovar um período de carência correspondente a, no mínimo, sessenta novas contribuições mensais.’

‘Art. 28-A. O recálculo da renda mensal do benefício do aposentado do Regime Geral de Previdência Social, previsto no § 2º do art. 18 desta Lei, terá como base o salário de benefício calculado na forma dos arts. 29 e 29-B desta Lei.

§ 1º Não será admitido recálculo do valor da renda mensal do benefício para segurado aposentado por invalidez.

§ 2º Para o segurado que tenha obtido aposentadoria especial, não será admitido o recálculo com base em tempo e salário de contribuição decorrente do exercício de atividade prejudicial à saúde ou à integridade física.

§ 3º O recálculo do valor da renda mensal do benefício limitar-se-á ao cômputo de tempo de contribuição e salários adicionais, não sendo admitida mudança na categoria do benefício previamente solicitado.’

‘Art. 54.

§ 1º Os aposentados por tempo de contribuição, especial e por idade do Regime Geral de Previdência Social poderão, a qualquer tempo, ressalvado o período de carência previsto no § 2º do art. 25 desta Lei, renunciar ao benefício, ficando assegurada a contagem do tempo de contribuição que serviu de base para a concessão do benefício.

RE 661256 / SC

§ 2º Na hipótese prevista no § 1º deste artigo, não serão devolvidos à Previdência Social os valores mensais percebidos enquanto vigente a aposentadoria inicialmente concedida.' (NR)

'Art. 96.

.....

III - não será contado por um regime previdenciário o tempo de contribuição utilizado para fins de aposentadoria concedida por outro, salvo na hipótese de renúncia ao benefício, prevista no § 1º do art. 54 desta Lei.

.....' (NR)"

Ocorre que o referido dispositivo foi vetado pela Presidente da República, com a seguinte fundamentação:

"As alterações introduziriam no ordenamento jurídico a chamada 'desaposentação', que contraria os pilares do sistema previdenciário brasileiro, cujo financiamento é intergeracional e adota o regime de repartição simples. A alteração resultaria, ainda, na possibilidade de cumulação de aposentadoria com outros benefícios de forma injustificada, além de conflitar com o disposto no § 1º, do art. 86 da própria Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991".

O veto presidencial foi mantido em sessão ocorrida em 15.12.2015 no Plenário da Câmara dos Deputados. Portanto, nenhuma dúvida de que houve uma tentativa de regulamentar a matéria no plano legislativo e isso resultou vetado.

Verifica-se, portanto, que o tema foi objeto de recente debate no âmbito do regular processo legislativo. A alegada omissão, assim, não se confunde com uma inércia das instituições legiferantes. Ao contrário, o processo legislativo teve seu curso e, nos termos das normas que o regem, tomou-se a decisão no sentido de manutenção do atual regramento da matéria.

Ora, é próprio da jurisdição constitucional o exame da compatibilidade da atividade legislativa com o texto constitucional,

RE 661256 / SC

incluindo-se a possibilidade de tomada de decisões interpretativas com eficácia aditiva. No caso em apreço, no entanto, em hipótese em que não se identifica, *a priori*, uma flagrante inconstitucionalidade das normas que regulam a matéria, é de se indagar se caberia ao Poder Judiciário impor um critério próprio diante de uma deliberada (e eloquente) decisão tomada no âmbito do regular processo legislativo.

A respeito do tema, manifestei-me nos seguintes termos por ocasião do julgamento da ADI 4277, da relatoria do Min. Ayres Britto:

“Portanto, é certo que o Supremo Tribunal Federal já está se livrando do vetusto dogma do legislador negativo, aliando-se, assim, à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotada pelas principais Cortes Constitucionais do mundo. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal pode ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional.

No presente caso, porém, devemos refletir muito sobre as consequências normativas de uma decisão de interpretação conforme à Constituição do art. 1.723 do Código Civil. Sobre a problemática contida no pedido de interpretação conforme realizado pela Procuradoria-Geral da República, Lenio Luiz Streck fez as reflexões a seguir transcritas, que devem ser objeto de atenção:

“De plano, salta aos olhos a seguinte questão: a efetivação de uma tal medida importa(ria) transformar o Tribunal em um órgão com poderes permanentes de alteração da Constituição, estando a afirmar uma espécie caduca de mutação constitucional (*Verfassungswandlung*) que funcionaria, na verdade, como um verdadeiro processo de alteração formal da Constituição (*Verfassungsänderung*), reservado ao espaço do Poder Constituinte derivado pela via do processo de emenda constitucional. E isso porque a tese da PGR se perde em

RE 661256 / SC

meio ao problema semântico e não avança em direção ao fenômeno mesmo que é a *applicatio* do texto constitucional. Essa hipertrofia com relação à semântica (que não deixa de ser um sintoma da permanência das bases positivistas no seio da dogmática constitucional) – que aparece claro em expressões como interpretação restritiva ou extensiva – encobre o problema essencial: como dar efeito vinculante e eficácia *erga omnes* a uma decisão do Supremo Tribunal Federal que realize uma Interpretação Conforme à Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*)? Poder-se aduzir que o parágrafo único do art. 28 da lei n. 9868/99 autoriza tais efeitos para decisões que se utilizem das chamadas sentenças interpretativas lato sensu. Mas, mesmo aqui, caberia o questionamento: poderia a lei ordinária alargar o espaço já estabelecido pelo poder constituinte? Não haveria, na espécie, usurpação de competência do constituinte? E mais. As sentenças interpretativas só podem ser corretamente compreendidas através da diferença (ontológica – *ontologische Differenz*) que existe entre texto e norma. A interpretação conforme a Constituição não modifica o texto da norma, mas produz uma norma a partir da parametricidade constitucional. Esse é o limite do sentido e o sentido do limite. Ou seja, somente a partir dela – da parametricidade constitucional – e não a partir de analogias ou outras formas de extensão de sentido, é que se pode fazer a referida atribuição de sentido (*Sinngebung*). E, outra coisa: a diferença entre texto e norma não quer dizer que seja permitida a atribuição de qualquer norma ao texto. E muito se pode admitir que, a pretexto da aplicação da máxima hermenêutica "texto e norma", a PGR venha a pretender substituir o próprio texto da Constituição – pela via indireta da interpretação conforme dada ao Código Civil – por um outro (aquele que ela, a PGR, entenda ser mais adequado). Portanto, voltamos ao problema fundamental da questão que passa ao largo das discussões jurídicas empreendidas nessa

RE 661256 / SC

seara. Ou seja, que tipo de democracia queremos? Não se trata de ser contra ou a favor da proteção dos direitos pessoais e patrimoniais dos homossexuais. Aliás, se for para enveredar por esse tipo de discussão, advertimos desde já que somos absolutamente a favor da regulamentação de tais direitos, desde que efetuados pela via correta, que é a do processo legislativo previsto pela Constituição Federal. O risco que exsurge desse tipo de ação é que uma intervenção desta monta do Poder Judiciário no seio da sociedade produz graves efeitos colaterais. Quer dizer: há problemas que simplesmente não podem ser resolvidos pela via de uma idéia errônea de ativismo judicial. O Judiciário não pode substituir o legislador”.

Diante do exposto, portanto, quer me parecer que a regulamentação relativa à questão da desaposentação encontra-se suficientemente acolhida no âmbito das normas constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis. Afora isso, é de se reconhecer que houve um posicionamento recente do Poder Legislativo sobre o tema em discussão, em sentido que não destoa do texto constitucional. Tais constatações levam-me à conclusão de ser inviável, nesse caso, a prolação de decisão que tenha por objetivo desenvolver circunstâncias e critérios inéditos para o fim de se promover a majoração de aposentadoria de aposentados precocemente que optem pela denominada desaposentação.

3. A Emenda Constitucional nº 20/98 e o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial

Nos termos acima mencionados, deve-se enfatizar que a Emenda Constitucional 20/98 foi desenvolvida em um contexto de necessidade de se atribuir maior eficácia ao princípio do equilíbrio financeiro e atuarial e o da solidariedade. Seu advento, assim, remonta a uma percepção do legislador de que havia, então, uma dissociação relevante entre as despesas com o custeio do sistema e as receitas decorrentes das

RE 661256 / SC

contribuições.

A doutrina conceitua o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial da seguinte forma:

“Princípio expresso somente a partir da Emenda Constitucional n. 20/98(art. 40, *caput* e art. 201, *caput*), significa que o Poder Público deverá, na execução da política previdenciária, atentar sempre para a relação entre custeio e pagamento de benefícios, a fim de manter o sistema em condições superavitárias, e observar as oscilações da média etária da população, bem como sua expectativa de vida, para a adequação dos benefícios a estas variáveis” (CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. 13. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 121).

Mais adiante, asseveram os referidos autores:

“Com base nesse princípio, o RGPS foi recentemente modificado para incluir, no cálculo de benefícios de aposentadoria por tempo de contribuição e idade, o chamado 'fator previdenciário', resultante das variáveis demográficas e atuariais relativas à expectativa de vida, comparativamente à idade de jubilação – Lei n. 9.876/99”(CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. 13. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 121).

Houve, portanto, uma manifesta preocupação do legislador no sentido de se promover um exame cuidadoso dos aspectos relativos ao equilíbrio financeiro do sistema, sob pena de se afetar, inclusive, a higidez da seguridade social.

Ora, o que se verifica é que, muito embora houvesse uma necessidade econômica de promoção de severa reforma da previdência, ainda à época, não se alcançou um consenso suficiente em torno do tema para se viabilizá-la. Não por outra razão é que, posteriormente, a realização de outras reformas se tornou imperiosa, na medida em que as

RE 661256 / SC

circunstâncias fáticas acabaram por se impor, exigindo uma resposta mais célere do processo político-decisório.

Esse, aliás, é exatamente o contexto em que um tema dessa relevância é submetido à análise desta Corte. Tal cenário é caracterizado pela recorrência, no âmbito do STF, da temática relativa ao desequilíbrio das contas públicas.

Diante dessas circunstâncias fáticas, não parece ser razoável que o Judiciário deixe de sopesar, com elevada sensibilidade, os impactos econômicos e sociais produzidos pelas alternativas constitucionais colocadas em debate, que, no nosso caso, diga-se de passagem – isso já foi ressaltado no voto do Ministro Teori e também no do Ministro Fachin e, agora, no do Ministro Fux – lastreia-se em um princípio constitucional: a necessidade de que se identifique uma fonte de custeio.

De fato, constatando não existir sociedade racional que ignore os custos de suas políticas públicas, Richard Posner, ainda em 1975, asseverava que *“the demand for justice is not independent of its price”* (POSNER, Richard. The economic approach to law. Texas Law Review, 53, 778).

Tal conclusão é cogente, pois não se está, frise-se, diante de um estado natural, no qual os recursos são abundantes e a todos acessíveis, segundo suas próprias necessidades, de modo que seja lícita a apropriação particularizada e sem limites por parte de quem assim resolva proceder. O sistema previdenciário é fechado, possui recursos escassos, cujo consumo ocorre de maneira concorrente. Ou seja, o consumo por parte de um determinado grupo resulta, necessariamente, na limitação dos recursos disponíveis aos demais, de modo que a fruição dos benefícios por toda a coletividade exige uma respectiva fonte de custeio, e é o que o texto constitucional explicita.

A propósito, é bom lembrar que todos os jornais econômicos e também aqueles dedicados aos assuntos gerais focam, hoje, nas páginas econômicas, mas também nas páginas políticas, no debate que marca a situação financeira do Rio de Janeiro. E os números no Rio de Janeiro são muito conhecidos no que diz respeito aos servidores públicos. O Estado

RE 661256 / SC

tem receita de 34 bilhões de reais, gasta 17 bilhões com o grupo chamado Rioprevidência, com 228 mil servidores. Por conseguinte, gasta metade do seu orçamento, da sua receita, com 228 mil pessoas. Consegue auferir 5 bilhões com contribuições de inativos e pensionistas, portanto um déficit de 12 bilhões que ele vinha mantendo com receitas da Petrobras e coisa do tipo, que já desapareceram. Os outros 17 bilhões que sobram é para atender a imensa população de pessoas. Portanto, gasta 17 bilhões com 228 mil pessoas e o restante desses 17 bilhões ele tem que gastar com todos os temas e com todos os servidores, inclusive com os servidores ativos do Poder Judiciário, do Poder Legislativo e do Poder Executivo. Assim, quando se perde esse equilíbrio, as consequências são aquelas que nós acabamos por conhecer.

No caso do sistema previdenciário, essa relação se torna ainda mais complexa ao se ponderar que a disponibilidade de recursos está intimamente relacionada a um equilíbrio “intergeracional” composto, de um lado, por um grupo economicamente ativo, suficiente para custear, segundo o princípio da solidariedade, as demandas por benefícios de outro grupo que não se encontra mais apto a produzir e, dessa forma, requer a intermediação estatal para prover condições materiais de uma sobrevida digna.

Ocorre que, no decurso do tempo, a relação entre ambos os grupos tende a se alterar, podendo resultar, em tese, de um lado, em situação de superávit de recursos, por haver, em um dado momento, uma população economicamente ativa superior ao grupo inativo ou, de outro, em escassez de recursos resultante de uma demanda superior à capacidade contributiva da população ativa.

Quer me parecer, desse modo, que uma gestão eficiente (e justa) dos limitados recursos disponíveis deve sopesar, juntamente com os princípios relevantes que regem a delicada matéria, a busca por um ponto de eficiência que considere, de um lado, a disponibilidade de recursos (verificada a partir da capacidade contributiva), bem como, de outro, o princípio constitucional de seletividade e distributividade, que impõe a concessão de benefícios a quem dele efetivamente necessitar

RE 661256 / SC

(seletividade), com a promoção de justiça social (distributividade).

Caso contrário, o consumo concorrente de recursos escassos, quando orientado puramente por interesses individualistas de maximização de benefícios, resulta no conhecido cenário exposto na Tragédia dos Comuns (HARDIN, Garrett. *The Tragedy of the Commons*. Vol. 162. *American Association for the Advancement of Science*).

Nessa linha de argumentação, e diante do exposto acima, não me parece que a permissão da majoração de benefício no caso da desaposentação esteja em linha com os princípios constitucionais acima mencionados e, muito menos, condizente com a realidade econômica que nos impõe um cuidadoso exame dos impactos produzidos com base nos pedidos formulados.

A propósito do tema, chama a atenção o levantamento realizado pela Advocacia-Geral da União (eDOC 103) no sentido de que tramitam mais de 180.000 ações judiciais em que se pleiteia a majoração do benefício em razão da desaposentação.

Some-se a isso o fato de que, ainda em 2013, poderia haver um número correspondente a 600.141 homens e 248.835 mulheres aptos a requerer o benefício da desaposentação. (PEREIRA, Rayanne Illis Neiva; e LIMA, Diana Vaz de. Uma discussão sobre o impacto da desaposentação nas despesas do RGPS: O preço das aposentadorias precoces. *Advances in Scientific and Applied Accounting*. São Paulo. v.8, n.3. p. 323).

Nesse contexto, é de se considerar que, segundo o estudo mencionado, e caso se conclua por procedentes as teses referentes à desaposentação, estima-se um aumento mensal da despesa previdenciária no montante aproximado de um bilhão de reais por mês. (PEREIRA, Rayanne Illis Neiva; e LIMA, Diana Vaz de. Uma discussão sobre o impacto da desaposentação nas despesas do RGPS: O preço das aposentadorias precoces. *Advances in Scientific and Applied Accounting*. São Paulo. v.8, n.3. p. 324).

O referido impacto também restou avaliado pela Coordenação Geral de Estatística, Demografia e Atuária do Ministério do Trabalho e Previdência Social, em estudo consignado na Nota Técnica

RE 661256 / SC

CGEDA/DRGPS/SPPS/MPS nº 14/2015(eDOC 104). Na oportunidade, estimou-se um déficit adicional de 6,8 bilhões de reais anuais e de 164,6 bilhões no longo prazo.

Estamos a tratar, portanto, de quantias bastante relevantes, mormente se considerada a caótica situação em que se encontram as contas públicas na União, nos estados e nos municípios.

Ora, ainda que critérios de eficiência, a serem obtidos por análises econômicas das decisões, não devam ser alçados no âmbito dos princípios ético-jurídicos, ignorar tais aspectos fundamentais é fazer vistas grossas a uma realidade que se impõe em medida suficiente para comprometer a própria eficácia, em concreto, de princípios caros ao Direito Previdenciário, como universalidade da cobertura e do atendimento, irredutibilidade do valor dos benefícios, da garantia do benefício mínimo, entre outros.

Não se trata, a toda evidência, de argumentos *ad terrorem*. Trata-se de uma realidade compartilhada por diversos entes da federação, cujas contas públicas não se mostram suficientes para custeio, *v.g.*, de despesas correntes com gastos de pessoal da ativa.

Ora, nesse contexto, não se mostra desarrazoado avaliar se o referido impacto é justificável – e aqui trato sob perspectiva puramente econômica – para fundamentar a majoração de benefícios de segurados que se tornaram inativos precocemente, em dissonância com todo o arcabouço normativo que se objetivou construir com vistas a identificar, à luz da realidade demográfica brasileira, a parcela da população que, sob o princípio da solidariedade, requer, efetivamente, a concessão dos benefícios previdenciários.

Eu gosto de citar, e acho muito apropriado para a jurisdição constitucional, uma referência feita, a propósito da lei, por Victor Nunes Leal, naquele *Ensaio Sobre Técnica Legislativa*. Antes disso, inclusive, precede uma de um jurista alemão importante: "*legislar é fazer experiências com o destino humano*", Hermann Jahrreiss, em um trabalho chamado *Groesse und Not der Gesetzgebung*, quer dizer, "Grandeza e Necessidade da Legislação".

RE 661256 / SC

Nunca é demasiado enfatizar a delicadeza da tarefa confiada ao legislador. A generalidade, a abstração e o efeito vinculante que caracterizam a lei revelam não só a importância mas também a problemática que marca a atividade legislativa.

A despeito dos cuidados tomados na feitura da lei, os estudos minudentes, os prognósticos realizados com base em levantamentos cuidadosos, não há como deixar de caracterizar o seu afazer como uma experiência. Trata-se, porém, da mais difícil das experiências: a experiência com o destino humano.

Essas peculiaridades do processo de elaboração legislativa foram percebidas por Victor Nunes Leal, que anotou a propósito nesse texto sobre técnica legislativa e estudos de Direito Público:

"Tal é o poder da lei que a sua elaboração reclama precauções severíssimas. Quem faz a lei é como se estivesse acondicionando materiais explosivos. As conseqüências da imprevisão e da imperícia não serão tão espetaculares, e quase sempre só de modo indireto atingirão o manipulador, mas podem causar danos irreparáveis".

Os riscos envolvidos no afazer legislativo exigem peculiar cautela de todos aqueles que se ocupam do difícil processo de elaboração normativa. A análise não se limita aos aspectos ditos estritamente jurídicos. Colhe também variada gama sobre matéria que deve ser regulada no âmbito legislativo, doutrinário e jurisprudencial e não pode nunca desconsiderar a repercussão econômica, social e política do ato legislativo. Nenhuma dúvida, inclusive, porque o texto constitucional exige, em se tratando de matéria de previdência, que qualquer benefício tenha a adequada fonte de custeio. Mas essas referências ao legislador também devem ser feitas e cabem ser feitas à jurisdição constitucional.

Se é arriscada a atividade do legislador, que opera numa regra de experiência, de tentativa e erro, cujo ato é reversível, ainda que de difícil reversibilidade – mas é reversível, tanto é que o legislador pode revogar, rever o modelo –, isso já não ocorre, pelo menos não é facultado de

RE 661256 / SC

maneira tão simples, ao Judiciário. Em geral, os atos do Judiciário se presumem, se não definitivos, dotados de uma grande estabilidade. E aqui há uma diferença entre a legislação e a jurisdição constitucional. E aí o risco de nos embrenharmos nesse experimentalismo com sérias consequências, já com as advertências feitas aqui por esse estudo trazido pela AGU e pela própria Previdência Social, o qual sugere que uma mudança neste campo vai nos trazer um acréscimo de despesas de 1 bilhão de reais por mês.

Isso é o cuidado que nós devemos ter nesse tipo de matéria, Presidente.

Em um dos estudos trazidos pela Previdência Social, chega-se a falar em uma estimativa de déficit de 6,8 bilhões de reais anuais e de 164 bilhões no longo prazo.

Portanto, a mim me parece que, se a matéria devesse ser revista, ela teria que ser feita pelo legislador, que teria que seguir os parâmetros que a Constituição determina, os parâmetros atuariais. Do contrário, Presidente, nós corremos o risco de estarmos um pouco a brincar de Deus ou a relembrar aquela figura do Monteiro Lobato na chamada Reforma da Natureza.

Para aqueles que não se recordam, Monteiro Lobato conta uma história em que se dizia o seguinte, referindo-se ao reformador da natureza Américo Pisca-Pisca:

"(...) tinha o hábito de pôr defeito em todas as coisas. O mundo para ele estaria errado e a natureza só fazia asneira.

- Asneira, Américo?

- Pois então?... Aqui mesmo, neste pomar, você tem a prova disso. Ali está uma jabuticabeira enorme sustentando frutas pequeninas, e lá adiante vejo uma colossal abóbora, presa ao caule de uma planta rasteira. Não era lógico que fosse justamente o contrário? Se as coisas tivessem de ser reorganizadas por mim, eu trocava as bolas, passando as jabuticabeiras para a aboboreira e as abóboras para a jabuticabeira. Não tenho razão?

RE 661256 / SC

Assim percorrendo, Américo provou que tudo estava errado e só ele era capaz de dispor com inteligência o mundo.

Mas o melhor, concluiu, é não pensar nisto e tirar uma soneca à sombra destas árvores, não acha?

E Pisca-Pisca, piscando que não acabava mais, estirou-se de papo para cima à sombra da jabuticabeira.

Dormiu. Dormiu e sonhou. Sonhou com um mundo novo, reformado inteirinho pelas suas mãos. Uma beleza!

De repente, no melhor da festa, plaft! Uma jabuticaba caiu do galho e lhe acertou em cheio o nariz.

Américo desperta de um pulo. Pisca-Pisca medita sobre o caso e reconhece, afinal, que o mundo não era tão mal feito assim. E segue para a casa refletindo:

- Que coisa!... Pois não é que se o mundo fosse arrumado por mim, a primeira vítima teria sido eu? Eu, Américo Pisca-Pisca, morto pela abóbora por mim posta no lugar da jabuticaba? Hum! Deixemo - nos de reformas. Fique tudo como está que está tudo muito bem.

E Pisca-Pisca continuou a piscar pela vida à fora mas já sem a cisma de corrigir a natureza". (LOBATO, Monteiro. O Pica-pau Amarelo e a Reforma da Natureza. Obras Completas de Monteiro Lobato. 2ª Série. Literatura Infantil. Vol. 12. Editora Brasiliense. São Paulo, 1964. p. 196-198)

Presidente, eu acompanho o voto do Ministro Teori e do Ministro Fachin e peço vênua ao Ministro Barroso, à Ministro Rosa e ao Ministro Lewandowski.

26/10/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 661.256 SANTA CATARINA

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Começo pelo derradeiro, Presidente. O voto do Relator, a meu ver, encerra, em última análise, o recálculo da aposentadoria, dos proventos da aposentadoria.

Agora, quanto ao segundo, o recurso extraordinário nº 661.256, o que foi decidido na origem? Porque, pelo que percebi, há o provimento parcial do Relator, e o recurso é do Instituto. Apenas para saber como devo posicionar-me, para não ficar uma incongruência, tendo em conta a conclusão a que cheguei no processo do qual sou o relator, o primeiro.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - A ação foi movida pelo segurado contra o INSS; o pedido foi julgado improcedente em primeiro grau; o TRF-4 deu provimento parcial à apelação do autor para reconhecer o direito à desaposentação mediante devolução integral dos proventos; o STJ reformou essa decisão para reconhecer o direito à segunda aposentadoria, independentemente de restituição.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A segunda aposentadoria seria pelo recálculo?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - É, seria a possibilidade de você fazer a segunda aposentadoria contando todo o tempo da primeira, mais o tempo posterior à primeira, sem ter que devolver nada nem descontar nada.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Com o risco, Presidente, de incidir em reforma prejudicial ao recorrente, provejo parcialmente o recurso para assentar o direito estrito do contribuinte ao recálculo dos proventos da aposentadoria.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Isso

RE 661256 / SC

quanto ao Recurso Extraordinário 661.256.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Provimento parcial nesses termos.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Sim.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Apenas para guardar coerência com o enfoque que dei no primeiro recurso extraordinário, o 381.367, e partindo da premissa de ser essa decisão mais favorável ao recorrente do que o assentado pelo Tribunal de origem.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Sim.
E no 827.833?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Nesse, nego provimento.

Acompanho o Relator.

26/10/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 661.256 SANTA CATARINA

VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Com a vênia daqueles que entendem em sentido contrário, **dou provimento ao RE 661.256/SC e ao RE 827.833/SC e, no que se refere ao RE 381.367/RS, nego-lhe provimento**, por entender, *em relação a todos esses recursos*, **que se revela plenamente constitucional a regra inscrita no art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91, que institui solução normativa adequada para a questão do aposentado que retorna ao mercado de trabalho.**

É o meu voto.

26/10/2016**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 661.256 SANTA CATARINA**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, peço a palavra para fazer pequena retificação a partir da honestidade intelectual, no que me referi a certos benefícios contemplados na lei que tenho como limitadora.

Aludi ao auxílio-reclusão, talvez chocado pelo grande número de presos que temos no Brasil, quando, na verdade, foi ressaltado agora pelo ministro Celso de Mello o preceito, que é o do § 2º do artigo 18 da Lei nº 8.213/1991, considerada a nova redação, refere-se ao salário-família e à reabilitação profissional, não ao auxílio-reclusão.

O SENHOR ADVOGADO - Doutora, tinha uma questão fática, aqui bem alertada pelos dois Ministros. Eu não sei se faço agora ou depois do seu voto, porque a questão fática muda, a pessoa implementa os dois requisitos, não é desaposentação. Então, foi pinçado pelo Ministro Barroso para escapar da reserva de Plenário, mas agora, no meio do julgamento, estamos vendo que é uma questão diferente da desaposentação. Poderia fazer essa questão fática?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Os votos já foram...

O SENHOR ADVOGADO - Porque o próprio TRF trata a matéria diferente e casualmente, agora, está se julgando o RE como se fosse desaposentação, e não é. Posso continuar?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Não. É que os votos já foram tomados e, eventualmente, qualquer dado que tenha sido diferenciado virá, se for o caso, se houver omissão, nos embargos declaratórios.

RE 661256 / SC

O SENHOR ADVOGADO - Posso continuar, Doutora?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -
Não, os votos já foram tomados. Isso não é fato.

O SENHOR ADVOGADO - Bom, mas é que, no meio do julgamento, é uma questão fática.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - E
refere-se exatamente a quê?

O SENHOR ADVOGADO - Uma questão é a desaposentação, trabalha-se, por exemplo, cinco anos e se cai na questão da legalidade; outra coisa é se implementar dois benefícios distintos. Por isso, Ministra, talvez seria consultar os Pares e se deixaria este caso para um outro julgamento.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - O
julgamento já foi...

O SENHOR ADVOGADO - Porque, por exemplo, a questão atuarial.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu agradeço ao advogado. Eu me manifestei neste sentido de que eram situações diferentes.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -
Exatamente, foi tratada a matéria. A Ministra Rosa Weber foi expressa quanto à matéria, então os votos foram tomados com conhecimento desses dados. Qualquer indagação, haverá recurso próprio, se for o caso. Mas eu agradeço a Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Já foram

RE 661256 / SC

tomados os votos neste terceiro também?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Foram tomados os votos também neste terceiro. Qualquer nova indagação, haverá o caminho recursal próprio.

O SENHOR ADVOGADO - Então até da legalidade estaria suprimida? Porque foram atingidos os critérios da lei em ambos os casos.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Sim, e isso foi tratado nos votos. Agradeço a Vossa Excelência.

26/10/2016**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 661.256 SANTA CATARINA****ANTECIPAÇÃO AO VOTO**

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Vou pedir vênias ao Ministro Marco Aurélio, Relator do Recurso Extraordinário 381.367, e aos que o acompanharam e também ao Relator dos Recursos Extraordinários 661.256 e 827.833 e aos que o seguiram para acompanhar a divergência, iniciada, no primeiro caso, pelo Ministro Dias Toffoli e, nos dois subsequentes, pelo Ministro Teori Zavascki.

Tal como no riquíssimo debate aqui travado, também me parece que não há ausência de lei, embora esta seja uma matéria que possa vir a ser alterada e tratada devidamente pelo legislador, mas a legislação, especificamente o § 2º do artigo 18 da Lei 8.213, trata da matéria. Naquilo que poderia ter sido alterado foi debatido, foi objeto de uma proposta de lei enviada ao Poder Executivo, que o vetou. Portanto não houve ausência de tratamento da norma, mas o tratamento devido, sem que se tratasse na forma aqui pretendida os institutos que foram trazidos. A Ministra Rosa até fez a diferença entre desaposentação e reaposentação.

Os preceitos legais que tratam das normas são coerentes com os princípios da solidariedade e a regra do equilíbrio atuarial presentes na legislação, pelo que a Constituição deixou a matéria à reserva do Parlamento, à reserva da lei, e a lei o tratou devidamente.

Por isso vou fazer a juntada do meu voto nos três casos, mas nego provimento, com as devidas vênias, como disse, ao Recurso Extraordinário 381.367 e dou provimento aos Recursos Extraordinários 661.256 e 827.833.

26/10/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 661.256 SANTA CATARINA

VOTO

A Senhora Ministra Cármen Lúcia (Vogal):

1. Julgamento conjunto, com repercussão geral, dos Recursos Extraordinários ns. 661.256 (Relator o Ministro Roberto Barroso), 827.833 (Relator o Ministro Roberto Barroso) e 381.367 (Relator o Ministro Marco Aurélio).

2. Tem-se no relatório no Recurso Extraordinário n. 661.256, que conduz o julgamento dos demais:

“O caso concreto subjacente envolve segurado ao qual foi concedida aposentadoria especial em 08.10.1992. Após o deferimento do benefício, o autor permaneceu em atividade remunerada e alega ter completado 35 (trinta e cinco) anos de contribuição. Com base nisso, pleiteou a cessação da aposentadoria especial e, ato contínuo, a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, com data de início (DIB) em 21.09.2006, valendo-se das contribuições posteriores ao primeiro vínculo previdenciário.

3. O primeiro acórdão recorrido, proveniente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, reconheceu o direito à desaposentação, condicionada à devolução integral dos proventos já recebidos pelo segurado com base na aposentadoria original. Veja-se a ementa do provimento judicial impugnado:

“EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO PARA RECEBIMENTO DE NOVA APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE NORMA IMPEDITIVA. NECESSIDADE DE DEVOLUÇÃO DO MONTANTE RECEBIDO NA VIGÊNCIA DO BENEFÍCIO ANTERIOR. 1. Tratando-se a aposentadoria de um direito patrimonial, de caráter disponível, é passível de renúncia. 2. Pretendendo o segurado renunciar à aposentadoria por tempo de serviço para postular novo jubramento, com a contagem do tempo de serviço em que esteve

RE 661256 / SC

exercendo atividade vinculada ao RGPS e concomitantemente à percepção dos proventos de aposentadoria, os valores recebidos da autarquia previdenciária a título de amparo deverão ser integralmente restituídos. Precedente da terceira Seção desta Corte. 3. O art. 181 – B do Dec. nº 3.048/99, acrescentado pelo Decreto nº 3.265/99, que previu a irrenunciabilidade e a irreversibilidade das aposentadorias por idade, tempo de contribuição/serviço e especial, como norma regulamentadora que é, acabou por extrapolar os limites a que está sujeita, porquanto somente a lei pode criar, modificar ou restringir direitos (inciso II do art. 5º da CRFB).

4. Esse acórdão foi objeto de recursos especial e extraordinário, interpostos tanto pelo particular quanto pelo INSS – Instituto Nacional da Seguridade Social. O Superior Tribunal de Justiça negou provimento ao recurso da autarquia e deu provimento parcial ao recurso do segurado, afastando o dever de restituir os proventos percebidos em razão da primeira aposentadoria. Esse segundo acórdão, objeto de um segundo recurso extraordinário manejado pelo INSS, tem a seguinte ementa:

“PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE SOBRESTAMENTO. AUSÊNCIA DE AMPARO LEGAL. VIOLAÇÃO À CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. INEXISTÊNCIA. APRECIÇÃO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. INADMISSIBILIDADE. RENÚNCIA A BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE. DIREITO PATRIMONIAL DISPONÍVEL. DEVOLUÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS. NÃO-OBRIGATORIEDADE. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Não subsiste o pleito de se determinar o sobrestamento do julgamento do presente recurso, sob a alegação de que o Supremo Tribunal Federal está apreciando a constitucionalidade do art. 18, § 2º, da Lei nº. 8.213/91, tanto por se tratar de pedido desprovido de amparo legal, quanto pelo fato de que a Suprema Corte não está decidindo a questão em tela em sede de controle abstrato de constitucionalidade. 2. Também não prevalece a alegação de ofensa à cláusula de reserva de plenário, uma vez que a decisão hostilizada,

RE 661256 / SC

sequer implicitamente, declarou a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. 3. A via especial, destinada à uniformização da interpretação do direito federal infraconstitucional, não se presta à análise de dispositivos da Constituição da República, ainda que para fins de prequestionamento, com o intuito de interposição de recurso extraordinário. 4. Permanece incólume o entendimento firmado no decisório agravado, no sentido de que, por se tratar de direito patrimonial disponível, o segurado pode renunciar à sua aposentadoria com o propósito de obter benefício mais vantajoso, no regime geral de previdência social ou em regime próprio de previdência, mediante a utilização de seu tempo de contribuição, sendo certo, ainda, que, tal renúncia não implica em devolução dos valores percebidos. 5. Agravo regimental desprovido”.

Em ambas as impugnações, o INSS alega três violações à Constituição: (i) garantia do ato jurídico perfeito (CF/88, art. 5º, XXXVI); (ii) violação ao princípio da solidariedade (CF/88, arts. 40, 194 e 195); e (iii) violação ao princípio da isonomia, aplicável entre os segurados (CF/88, art. 5º, caput e 201, § 1º). De forma mais específica, o INSS sustenta que a legislação em vigor, informada pelos elementos constitucionais acima referidos, conteria vedação expressa à desaposestação, a qual teria sido desconsiderada pelo acórdão recorrido. O dispositivo em questão é o art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91, cuja dicção é a seguinte:

‘§ 2º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social–RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado. (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997)’.

Como se extrai da leitura, o artigo estabelece que o aposentado que passar a exercer atividade sujeita ao RGPS após a aposentadoria não fará jus a prestação alguma em decorrência disso, com exceção do salário-família e da reabilitação profissional, quando empregado. Sem prejuízo disso, a mesma Lei nº 8.213/91 prevê, em seu art. 11, § 3º, a cobrança da contribuição social incidente sobre os rendimentos do trabalho posterior à aposentadoria, nos mesmos termos aplicáveis para

RE 661256 / SC

os trabalhadores em geral. Veja-se o dispositivo:

“§ 3º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social–RGPS que estiver exercendo ou que voltar a exercer atividade abrangida por este Regime é segurado obrigatório em relação a essa atividade, ficando sujeito às contribuições de que trata a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, para fins de custeio da Seguridade Social”.

Existem, portanto, dois pontos a serem enfrentados: (i) a existência do direito à nova aposentadoria no RGPS, considerando as contribuições efetuadas antes e depois da cessação de aposentadoria anterior, bem como a alteração da idade; e (ii) caso se conclua pela existência de tal direito, saber se há necessidade de devolução dos valores recebidos com base no primeiro vínculo previdenciário, objeto de renúncia” (relatório do Ministro Roberto Barroso).

3. Na sessão de 9.10.2014, o Ministro Relator deu parcial provimento aos recursos, nos seguintes termos:

“3. Em razão do princípio da solidariedade, não se exige uma correspondência estrita entre contribuição e benefício, até porque o sistema ampara pessoas que nunca contribuíram ou contribuíram de maneira muito limitada. Por outro lado, tendo em vista o caráter contributivo do modelo, exige-se algum grau de comutatividade entre o que se recolhe e o que se recebe. Como consequência, não é legítima a cobrança feita ao segurado sem qualquer contraprestação efetiva ou potencial.

4. A figura da desaposentação consiste na renúncia a uma primeira aposentadoria para obtenção de uma nova, em melhores condições, com utilização de contribuições posteriores, pagas em razão da volta à atividade. A Lei nº 8.213/91 – e seu art. 18, § 2º –, não cuida da desaposentação, por ter sido editada ao tempo em que as contribuições posteriores à aposentadoria eram restituídas ao segurado sob a forma de pecúlio.

5. Não sendo vedada pela legislação, a desaposentação é possível. No entanto, à falta de legislação específica – e até que ela sobrevenha –, a matéria sujeita-se à incidência direta dos princípios e regras constitucionais que cuidam do sistema previdenciário. Disso resulta que os proventos recebidos na vigência do vínculo anterior precisam

RE 661256 / SC

ser levados em conta no cálculo dos proventos no novo vínculo, sob pena de violação do princípio da isonomia e do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema.

6. Até que seja editada lei que trate da matéria, será adotado o seguinte critério: no cálculo dos novos proventos, os fatores idade e expectativa de vida devem ser aferidos com referência ao momento de aquisição da primeira aposentadoria. Tal interpretação se impõe em razão da finalidade de tais fatores à luz do sistema constitucional: graduar o valor dos benefícios em função do tempo estimado de permanência do segurado no sistema. Do contrário, o servidor desaposentado receberia benefícios por prazo muito maior do que os outros segurados com a mesma idade e o mesmo tempo de contribuição.

7. Tal solução destina-se a colmatar uma lacuna existente no sistema jurídico em relação à desaposentação. Por essa razão, somente será aplicada 180 (cento e oitenta) dias após a publicação do presente acórdão. Nesse intervalo, se os Poderes Legislativo e Executivo entenderem que devem prover diferentemente acerca da matéria, observadas as diretrizes constitucionais aqui traçadas, o ato normativo que venham a editar deverá prevalecer.

8. Recursos extraordinários aos quais se dá provimento parcial, assentando-se a validade da desaposentação, observada a condição enunciada no item anterior” (ementa proposta pelo Relator, em seu voto).

4. Para o Relator, o princípio da solidariedade e a natureza contributiva orientariam o sistema previdenciário, sem prevalência de um sobre o outro. Assim, proibir a desaposentação significaria considerar o aposentado/segurado “objeto”, mantido no sistema apenas como contribuinte, e não beneficiário.

Também, autorizar a desaposentação sem devolução das parcelas recebidas, além de estimular aposentadorias precoces, afrontaria o equilíbrio atuarial e financeiro, além da própria isonomia, por importar prejuízo àqueles que, submetendo-se às regras do sistema, aguardaram

RE 661256 / SC

na ativa até a obtenção do melhor benefício, sem recorrer à aposentadoria proporcional. Propõe-se, assim, solução intermediária: *“cálculo dos novos proventos, os fatores idade e expectativa de vida devem ser aferidos com referência ao momento de aquisição da primeira aposentadoria”*.

5. Em 29.10.2014, abrindo a divergência, os Ministros Dias Toffoli e Teori Zavascki votaram pelo provimento integral aos Recursos Extraordinários ns. 661.256 e 827.833 (Relator o Ministro Roberto Barroso), desprovendo o Recurso n. 381.367 (Relator o Ministro Marco Aurélio).

6. Segundo o Ministro Dias Toffoli, o art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/1991 seria constitucional, norma que, combinada com o art. 181-B do Decreto n. 3.048/1999 (acrescentado pelo Decreto n. 3.265/1999), impediria expressamente a desaposentação.

Asseverou não ter sido declarada a inconstitucionalidade daqueles dispositivos pelos quais se vedariam direito cuja regência tem sido considerada infraconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, sem menção expressa no texto da Constituição da República.

Afirmou o Ministro Dias Toffoli:

a) a ausência de previsão legal a justificar a desconstituição de um ato lícito (aposentadoria), praticado na forma da lei, inviabiliza a tese quanto a possível enriquecimento ilícito do aposentado, que se veria obrigado a devolver o que até então recebeu de proventos até a data da desaposentação;

b) burla ao fator previdenciário e ao sistema de repartição simples;

c) afronta ao ato jurídico perfeito (concessão da aposentadoria) e à segurança jurídica;

d) afronta ao princípio da solidariedade, seletividade e distributividade;

RE 661256 / SC

e) impossibilidade de manipulação do risco social pela vontade unilateral dos segurados, em desfavor dos demais contribuintes que, previdentes, planejaram o futuro segundo as regras previdenciárias a todos impostas;

f) necessidade de submissão do assunto à deliberação do Congresso Nacional, devendo-se interpretar eventual ausência de norma em favor do poder legislativo (*in dubio pro legislatore*).

7. Naquela assentada, acompanhando a divergência, o Ministro Teori Zavascki concluiu:

a) pela natureza estatutária ou institucional do regime geral de previdência social, sem espaço para a vontade individual. *“A simples ausência de previsão estatutária do determinado direito, equivale à inexistência de um dever de prestação por parte da Previdência Social”*;

b) quando instituído o pecúlio, a contribuição do aposentado tinha característica típica de capitalização e não de repartição, pois os valores recolhidos poderiam retornar ao aposentado nos casos previstos em lei.

Com a extinção do pecúlio (Lei n. 9.032/1995), foi introduzido o § 4º do art. 12 pelo qual passou o aposentado a contribuir para o custeio não mais da previdência (isoladamente considerada), mas da seguridade social como um todo, redirecionando-o ao regime de repartição. Na Lei n. 8.213/1991, foi introduzido o § 3º do art. 11 no mesmo sentido, foram simultaneamente introduzidos no sistema dois novos dispositivos, ambos com o mesmo objetivo;

c) a desaposentação não importa renúncia de aposentadoria, mas *“substituição de um benefício menor por um benefício maior”* sem previsão no sistema previdenciário nem podendo ser considerado decorrência direta das contribuições do segurado (destinadas ao custeio da seguridade social como um todo);

d) ainda que declarada a inconstitucionalidade do art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/1991, a decisão não teria condão de instituir o benefício da

RE 661256 / SC

desaposentação. Poder-se-ia cogitar de restauração do sistema normativo anterior (sistema de pecúlios) ou a restituição do que se pagou, situações que contrariam o princípio constitucional da solidariedade.

Não seria possível, todavia, assegurar o direito subjetivo reclamado no recurso;

e) imposição do princípio da solidariedade no qual se informa o sistema da seguridade social (financiamento de gerações). Decisão do Supremo nas ADIs ns. 3.105 e 3.128.

Pediu vista a Ministra Rosa Weber.

8. O recurso extraordinário n. 381.367 (Relator o Ministro Marco Aurélio) foi interposto contra o seguinte acórdão do Tribunal Regional Federal da Quarta Região, que, desprovendo recurso de apelação, manifestou-se pela constitucionalidade do art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/1991, pela qual se veda *“repercussão da contribuição previdenciária no benefício de segurado já aposentado e que permaneceu na ativa ou a ela retornou”* (relatório do Ministro Marco Aurélio):

“PREVIDENCIÁRIO. ARTS. 11, § 3º E 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. CONSTITUCIONALIDADE. NECESSIDADE E CONTRAPRESTAÇÃO. REVISÃO DE POSENTADORIA. Os arts. 11, § 3º, e 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 estabelecem que o aposentado pelo RGPS que retorna à atividade é segurado obrigatório e, mesmo contribuindo, não terá direito a prestação alguma, exceto salário-família e reabilitação, quando empregado.

Não consagrado entre nós o princípio mutualista, a contribuição para a Previdência Social não pressupõe necessariamente contraprestação em forma de benefício, não sendo inconstitucional o art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91”.

9. No Recurso Extraordinário n. 381.367, a Recorrente pede:

“32.1 declarar-se a INCONSTITUCIONALIDADE da regra contida no § 2º do artigo 18 da Lei nº 8.213, de 24/07/1991, nas redações que lhe foram dadas pelas Leis nos 9.032/95 e 9.528/97, que impediram que as contribuições posteriores à aposentadoria

RE 661256 / SC

atualmente percebida tivessem repercussão em benefícios do RGPS (CF, art. 201, § 11);

32.2 declarar-se o direito da parte recorrente a renunciar à aposentadoria que atualmente percebe, para que outra lhe seja concedida, calculada com base nos trinta e seis salários-de-contribuição anteriores a 11/1999 (Lei nº 9.876/99, art. 6º).

32.3 condenar-se o INSS a pagar as diferenças de mensalidades e demais parcelas devidas desde 16/10/2000 (ajuizamento da ação), resultantes da subtração entre os valores devidos nos termos do item anterior e os valores pagos por conta da aposentadoria atualmente percebida, corrigidas monetariamente e, a contar de 13/11/2000 (citação), com incidência de juros moratórios de 1% (um por cento)” (relatório, Ministro Marco Aurélio).

10. Na assentada de 16.9.2010, o Ministro Relator, Marco Aurélio, votou pelo provimento do recurso, sob os seguintes fundamentos:

“Na interposição deste recurso, foram observados os pressupostos gerais de recorribilidade. As recorrentes são beneficiárias da assistência judiciária gratuita e estão representadas por advogado credenciado por meio dos documentos de folhas 10, 16, 22 e 31. Quanto à oportunidade, o acórdão impugnado teve notícia veiculada no Diário de 10 de julho de 2002, quarta-feira, ocorrendo a manifestação do inconformismo em 24 imediato, quarta-feira (folha 104), no prazo assinado em lei.

O sistema constitucional em vigor viabiliza a volta do prestador de serviços de outrora, ainda que aposentado, à atividade. Mais do que isso, a jurisprudência firmou o entendimento de a aposentadoria não implicar sequer a cessação do contrato de trabalho existente – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.721-3/DF, relatada pelo Ministro Carlos Ayres Britto, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 29 de junho de 2007. Embora, em um primeiro passo, haja concluído pelo envolvimento, na espécie, da interpretação de dispositivos estritamente legais, não constitucionais, diante de reiterados pronunciamentos do Tribunal em sentido contrário, acabei por evoluir.

Pois bem, se a previdência social está organizada sob o ângulo

RE 661256 / SC

contributivo e com filiação obrigatória – cabeça do artigo 201 da Carta Federal -, forçoso é assentar a constitucionalidade do § 3º do artigo 11 da Lei nº 8.213/91, com a redação decorrente do artigo 3º da Lei nº 9.032/95:

Art. 11 [...] [...] § 3º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social–RGPS que estiver exercendo ou que voltar a exercer atividade abrangida por este Regime é segurado obrigatório em relação a essa atividade, ficando sujeito às contribuições de que trata a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, para fins de custeio da Seguridade Social.

Essa disposição substituiu, extinguindo-o, o denominado pecúlio, que nada mais representava – ante a cessação definitiva do trabalho resultante da volta ao mercado – a devolução das contribuições implementadas após a aposentadoria. Em síntese, fica estabelecida premissa inafastável. Regressando o trabalhador ao mercado, passando a exercer certa atividade, fica ele, conforme preceituado no artigo 201 da Constituição Federal e no § 3º do artigo 11 da nº Lei 8.213/91, compelido a contribuir para o custeio da seguridade social. Ora, se assim o é, não há como limitar os objetivos previstos, com a filiação e a contribuição obrigatórias, no artigo 201 da Carta da República. O segurado tem em patrimônio o direito à satisfação da aposentadoria tal como calculada no ato da jubilação e, retornando ao trabalho, volta a estar filiado e a contribuir sem que se possa cogitar de limitação sob o ângulo de benefícios. Por isso, não se coaduna com o disposto no artigo 201 da Constituição Federal a limitação do § 2º do artigo 18 da Lei nº 8.213/91, que, em última análise, implica nefasto desequilíbrio na equação ditada pelo Diploma Maior:

Art. 18 [...] § 2º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social–RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

O preceito, repito, mitiga as consequências da filiação e contribuição obrigatórias, que estão mencionadas, sem qualquer exclusão no tocante ao trabalhador que volta à ativa após a

RE 661256 / SC

aposentadoria, na Lei Básica Federal, na Carta da República.

Uma coisa é se concluir pela inexistência da dupla aposentadoria – aliás, afastada pela própria ordem natural das coisas, no que dificilmente alguém viria, após aposentar-se por tempo de serviço, o que se dirá quanto à idade, a perfazer novo período de trabalho, porquanto, para a contagem relativa a outra aposentadoria, fica excluído o tempo utilizado na anterior, não cabendo, portanto, a sobreposição. Algo diverso é proclamar-se, conforme se verifica no § 2º do artigo 18, que, mesmo havendo a contribuição como se fosse primeiro vínculo com a previdência, o fenômeno apenas acarreta o direito ao parco salário-família e à reabilitação profissional. Além de o texto do examinado § 2º implicar restrição ao que estabelecido na Carta Federal, acaba por solapar a feição sinalagmática e comutativa decorrente da contribuição obrigatória, não correspondendo mais a esta última o que previsto constitucionalmente.

Em síntese, ao trabalhador que, aposentado, retorna à atividade cabe o ônus alusivo à contribuição, devendo-se a ele a contrapartida, os benefícios próprios, mais precisamente a consideração das novas contribuições para, voltando ao ócio com dignidade, calcular-se, ante o retorno e as novas contribuições e presentes os requisitos legais, o valor a que tem juz sob o ângulo da aposentadoria. Essa conclusão não resulta na necessidade de declarar-se inconstitucional o § 2º do artigo 18 da Lei nº 8.213/91, mas em emprestar-lhe alcance consentâneo com a Carta Federal, ou seja, no sentido de afastar a duplicidade de benefício mas não o novo cálculo de parcela previdenciária que deva ser satisfeita. É como voto na espécie” (voto do Ministro Marco Aurélio, na íntegra. RE n. 381.367, Plenário, Sessão 16.9.2010).

11. Iniciando a divergência, no julgamento conjunto ocorrido em 29.10.2014, o Ministro Dias Toffoli apresentou voto-vista no sentido do desprovimento do recurso, tendo sido acompanhado pelo Ministro Teori Zavascki, nos termos antes mencionados.

Seguiu-se pedido de vista da Ministra Rosa Weber.

12. Da análise da argumentação até aqui expendida sobre a matéria,

RE 661256 / SC

podem-se agrupar os seguintes pontos favoráveis e contrários à tese da “desaposentação”:

12.1 - Argumentos favoráveis à tese:

a) arrecadadas as contribuições, seria inconstitucional vedar o acesso dos segurados aos planos de benefícios do RGPS;

b) o Regime Geral de Previdência Social, diferente do Regime Jurídico Único, contém regra de contenção do valor do benefício, o limite máximo do salário de contribuição, atualmente fixado em R\$1.430,00 (mil quatrocentos e trinta reais). O provimento dos recursos não produziria qualquer resultado superior à diferença entre aquele limite e a aposentadoria percebida, destacando-se que, por sua natureza, atingiria apenas as aposentadorias por tempo de serviço (correspondentes a menos de 20% do total dos benefícios pagos pelo RGPS);

c) nenhuma pessoa pode ser compulsoriamente filiada ao regime geral de previdência social para custear benefício que não seja o seu;

d) a contribuição obrigatória do segurado não poderia ser instituída para custeio de benefício de outrem, alheio ao grupo familiar daquele. Verificado o direito a mais de uma aposentadoria, poderia o segurado optar pela que lhe fosse mais vantajosa (princípio geral de direito social);

e) se no art. 201, § 11, da Constituição se estabelece que a contribuição previdenciária terá consequente repercussão em benefícios, seria inconstitucional a vedação de tal repercussão;

f) a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça teria sido unificada no sentido da possibilidade da desaposentação, como pleiteado;

g) ofensa à proibição do retrocesso, pois, até a entrada em vigor da

RE 661256 / SC

Lei n. 9.032/1995, a legislação infraconstitucional previa o pagamento de pecúlio aos aposentados que, voltando à ativa, faziam jus *“à soma das importâncias correspondentes às suas próprias contribuições”*;

h) no § 11 do art. 201 da Constituição, apesar de se sujeitarem os ganhos dos empregados à incidência da contribuição, estipular-se-ia, também, a repercussão dessa contribuição no cálculo dos benefícios, conferindo ao segurado o direito à contrapartida decorrente da contribuição para o RGPS incidente sobre seus ganhos habituais;

i) afronta ao princípio da proporcionalidade, pois *“a limitação a direito fundamental feita por lei ou com base na lei deve ser adequada (apropriada), necessária e proporcional”*.

12.2-Argumentos contrários à tese:

a) o Poder Judiciário atua como legislador negativo, não podendo, com a declaração da inconstitucionalidade de dispositivo legal, estender benefícios previdenciários;

b) a relação jurídica previdenciária é institucional ou estatutária, vale ressaltar, de Direito Público, no qual vigora o princípio dos *numerus clausus*, somente se permitindo fazer o que está expressamente delineado nas normas de regência;

c) as aposentadorias dos recorrentes foram efetivadas em sintonia com a legislação vigente na data de sua concessão, consistindo ato jurídico perfeito (LICC, art. 6º, § 1º), que não pode ser alterado pela vontade exclusiva de uma das partes, na espécie, o beneficiário/segurado;

d) não há isonomia entre segurados aposentados por tempo de serviço e aqueles ainda não aposentados. Essa comparação, em tese, só seria possível se a Recorrente, além de abdicar desse benefício, devolvesse

RE 661256 / SC

tudo aquilo que recebeu desde a data de seu deferimento. Entretanto, o caráter alimentar dos rendimentos de aposentadoria inutilizaria também esta hipótese;

e) pelo art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/1991, não se ofenderia o princípio constitucional da equidade na forma de participação de custeio da Seguridade Social, pois esse princípio visa adequar o valor das contribuições à capacidade contributiva de todos os responsáveis pelo financiamento daquele sistema, e não, como tenta fazer crer a Recorrente, ajustar, quantitativa e qualitativamente, as contribuições aos benefícios da Previdência Social;

f) pelo princípio constitucional da solidariedade (arts. 194, 195 e 40) e o da universalidade, todos contribuem para um fundo comum, cujos recursos serão utilizados em benefício de toda a seguridade, não para o financiamento exclusivo do próprio benefício.

Foi o que proclamou o Plenário deste Supremo Tribunal no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade n. 3.105, DJ 18.2.2005, ao julgar constitucional a cobrança de contribuição social sobre proventos dos servidores públicos inativos. E, ainda, o que têm decidido as turmas do Supremo quanto à contribuição previdenciária dos aposentados no RGPS.

O contribuinte no usufruto de aposentadoria pertence a grupo que apenas contribui para o custeio do sistema, não para a obtenção de aposentadoria.

g) *“Nem todos os segurados são contribuintes (ex: segurando desempregado, durante o período de graça), nem todos os contribuintes são segurados (ex: empregadores), nem todos os beneficiários são segurados (ex: dependentes) e nem todos os segurados são potenciais beneficiários de qualquer benefício (ex: os que não reúnem os requisitos, os que já estão aposentados)”*;

RE 661256 / SC

h) “quando o segurado reúne os requisitos para a obtenção da aposentadoria proporcional, a Lei o coloca frente a uma opção, de sua inteira responsabilidade: a) ele pode gozar do benefício por mais tempo, se optar por requerê-lo desde logo; ou b) ele pode obter um benefício de valor mais elevado, se optar por permanecer trabalhando. O que não está aberto ao segurado é fazer uma simbiose de ambas as opções aproveitando o melhor de cada uma”;

i) a tese favorável à desaposentação poderia gerar distorções, como quando o aposentado, pelo modelo proporcional, destinasse parte do benefício, contribuindo como inativo de modo a perseguir a aposentadoria integral no futuro, situação em que o próprio INSS estaria custeando a aposentadoria futura;

j) a desaposentação importaria reversão da lógica no sentido de se postergar o momento da aposentadoria (pelo aproveitamento da força de trabalho) para obtê-la em maior valor (pela incidência do fator previdenciário), pois passaria a ser mais vantajoso aposentar-se mais cedo (proporcionalmente ao tempo de serviço) para, posteriormente, incrementar o benefício na desaposentação;

k) a desaposentação criaria desequilíbrio financeiro-atuarial, em afronta ao art. 195, § 5º, da Constituição, no qual se “exige um equilíbrio entre as contribuições recolhidas e os benefícios pagos [o que não] se dá particularmente em relação a cada segurado devidamente considerado, mas toma em conta a lógica do sistema como um todo, pois o sistema adotado no Brasil para o seu Regime Geral de Previdência Social não é de capitalização, mas de repartição simples”;

l) insuficiência das cotas posteriores à primeira aposentadoria para cobrir a pretensão de desaposentação, com burla ao fator previdenciário;

m) a desaposentação afrontaria o ato jurídico perfeito (da concessão originária da primeira aposentação), desrespeitando o princípio a

RE 661256 / SC

segurança jurídica garantidora da estabilidade das situações então constituídas (art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição);

n) segundo pesquisa realizada pelo Departamento do Regime Geral da Previdência social, o impacto financeiro da desaposentação seria da ordem de sessenta e nove bilhões a longo prazo, em todo o sistema previdenciário.

13. A questão discutida na espécie, apelada “direito à desaposentação”¹ trata, em minha compreensão, não propriamente de desaposentação, mas da possibilidade de “reaposentação” no Regime Geral de Previdência Social pelo segurado que, após a concessão de uma primeira aposentadoria e subsequente retorno à atividade remunerada, viria a complementar requisitos legais para a concessão de nova aposentadoria, em melhores condições.

Histórico sobre a contribuição de aposentados regressos à ativa – matéria infraconstitucional

14. A regência normativa sobre a correlação entre a contribuição de aposentados no custeio da Previdência Social e obtenção dos benefícios decorrentes espelham a complexidade das opções políticas adotadas pelo legislador infraconstitucional no decurso da história, caracterizadas pela paulatina redução da contrapartida em favor daqueles que, aposentados, retornavam à atividade remunerada.

15. Pela Lei Orgânica da Previdência Social², de 26.9.1960,

1 Nos arts. 46 e 47 da Lei n. 8.213/1990 está prevista a dinâmica do que se poderia chamar de desaposentação com maior precisão técnica, quando “*verificada a recuperação da capacidade de trabalho do aposentado por invalidez*”. No art. 46 se dispõe: “*o aposentado por invalidez que retornar voluntariamente à atividade terá sua aposentadoria automaticamente cancelada, a partir da data do retorno*”.

2 Art. 5º, § 3º, da Lei n. 3.807 de 1960: “*Aquele que conservar a condição de aposentado não poderá ser novamente filiado à previdência social, em virtude de outra atividade ou emprego*”.

RE 661256 / SC

inicialmente se excluíram os aposentados que voltassem à atividade ou emprego da condição de segurados, situação alterada em 1966 pelos seguintes diplomas normativos:

a) Decreto-Lei n. 66 de 21.11.1966: passou-se a prever o pagamento apenas de um pecúlio, proporcional às contribuições pagas no período em que contribuiu o aposentado, vedadas *“quaisquer outras prestações, além das que decorrerem da sua condição de aposentado”*³. Desde então, diversas regras se firmaram a respeito da matéria:

b) Lei n. 5.890 de 8.6.1973: suspensão da aposentadoria mais pagamento de abono;

“Art. 12. O segurado aposentado, por tempo de serviço, que retornar à atividade será normalmente filiado e terá suspensa sua aposentadoria, passando a perceber um abono, por todo o novo período de atividade, calculado na base de 50% (cinquenta por cento) da aposentadoria em cujo gozo se encontrar. § 1º Ao se desligar, definitivamente, da atividade, o segurado fará jus ao restabelecimento da sua aposentadoria suspensa, devidamente reajustada e majorada de 5% (cinco por cento) do seu valor, por ano completo de nova atividade, até o limite de 10 (dez) anos.

§ 2º O segurado aposentado que retornar à atividade é obrigado a comunicar, ao Instituto Nacional de Previdência Social, a sua volta ao trabalho, sob pena de indenizá-lo pelo que lhe for pago indevidamente, respondendo solidariamente a empresa que o admitir.

§ 3º Aquele que continuar a trabalhar após completar 35 (trinta e cinco) anos de atividade terá majorada sua aposentadoria, por tempo de serviço, nas bases previstas no § 1º deste artigo.

§ 4º Aplicam-se as normas deste artigo ao segurado aposentado

3 “O § 3º do art. 5º da Lei n. 3.807, de 26 de agosto de 1960, fica assim redigido: ‘§ 3º O aposentado pela previdência social que voltar a trabalhar em atividade sujeita ao regime desta Lei será novamente filiado ao sistema, sendo-lhe assegurado, em caso de afastamento definitivo da atividade, ou, por morte, aos seus dependentes, um pecúlio em correspondência com as atribuições vertidas nesse período, na forma em que se dispuser em regulamento, não fazendo jus a quaisquer outras prestações, além das que decorrerem da sua condição de aposentado’”.

RE 661256 / SC

por velhice e em gozo de aposentadoria especial que retornar à atividade.

§ 5º O segurado aposentado por invalidez que retornar à atividade terá cassada a sua aposentadoria”.

c) Lei n. 6.210 de 4.6.1975: manutenção da aposentadoria e concessão de todas as contribuições referentes à nova atividade:

“Art. 2º O aposentado pela previdência social que voltar a trabalhar em atividade sujeita ao regime da Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960, será novamente filiado ao INPS, sem suspensão de sua aposentadoria, abolindo o abono a que se refere o artigo 12, da Lei nº 5.890, de 8 de junho de 1973, e voltando a ser devidas com relação à nova atividade todas as contribuições, inclusive da empresa, prevista em lei.

§ 1º - (Vetado).

§ 2º - Em casos de acidente do trabalho:

I - o aposentado terá direito aos serviços e benefícios previstos na Lei número 5.316 de 14 de setembro de 1967, excluído o auxílio doença, e a optar, na hipótese de invalidez, pela transformação de sua aposentadoria previdenciária em aposentadoria acidentária.

II - a pensão por morte será a acidentária, se mais vantajosa.

§ 3º - O aposentado que, na forma da legislação anterior, estiver recebendo abono de retorno à atividade, terá este cancelado e restabelecida sua aposentadoria com os acréscimos a que já houver feito jus até a data da entrada em vigor desta lei.

§ 4º - Ao segurado que houver continuado a trabalhar após 35 (trinta e cinco) anos de serviço serão garantidos, ao aposentar-se por tempo de serviço, os acréscimos a que tenha feito jus até a entrada em vigor desta Lei”.

d) Lei n. 6.243 de 24.9.1975: retorno do pecúlio e da vedação ao pagamento de “outras prestações, salvo as decorrentes da sua condição de aposentado”;

“Art. 1º O aposentado pela Previdência Social que voltar a trabalhar em atividade sujeita ao regime da Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960, terá direito, quando dela se afastar, a um pecúlio

RE 661256 / SC

constituído pela soma das importâncias correspondentes às suas próprias contribuições, pagas ou descontadas durante o novo período de trabalho, corrigido monetariamente e acrescido de juros de 4% (quatro por cento) ao ano, não fazendo jus a outras prestações, salvo as decorrentes de sua condição de aposentado. (Vide Decreto-Lei nº 1,584, de 1977).

Parágrafo único. O aposentado que se encontrar na situação prevista no final do § 3º do artigo 2º da Lei nº 6.210, de 4 de junho de 1975, somente terá direito ao pecúlio correspondente a contribuições relativas a períodos posteriores à data de início da vigência daquela Lei”.

e) Lei n. 8.213 de 24.7.1991: manutenção do pecúlio (nos casos de aposentadoria por idade ou tempo de serviço) e vedação de pagamento de qualquer outra prestação;

“Art. 18. O Regime Geral de Previdência Social compreende as seguintes prestações, devidas inclusive em razão de eventos decorrentes de acidente do trabalho, expressas em benefícios e serviços: (...)

§ 2º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social (RGPS) que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ela retornar, não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família, à reabilitação profissional e ao auxílio-acidente, quando empregado. (...)

Art. 81. Serão devidos pecúlios: (Revogado dada pela Lei nº 9.129, de 1995)(...)

II - ao segurado aposentado por idade ou por tempo de serviço pelo Regime Geral de Previdência Social que voltar a exercer atividade abrangida pelo mesmo, quando dela se afastar;(Revogado pela Lei nº 8.870, de 1994) (...)

Art. 82. No caso dos incisos I e II do art. 81, o pecúlio consistirá em pagamento único de valor correspondente à soma das importâncias relativas às contribuições do segurado, remuneradas de acordo com o índice de remuneração básica dos depósitos de poupança com data de aniversário no dia primeiro”.

RE 661256 / SC

f) Lei n. 8.870 de 15.4.1994: isenção da cobrança e devolução de contribuições em forma de pecúlio;

“Art. 24. O aposentado por idade ou por tempo de serviço pelo Regime Geral da Previdência Social que estiver exercendo ou que voltar a exercer atividade abrangida pelo mesmo, fica isento da contribuição a que se refere o art. 20 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

Parágrafo único. O segurado de que trata o caput deste artigo que vinha contribuindo até a data da vigência desta lei receberá, em pagamento único, o valor correspondente à soma das importâncias relativas às suas contribuições, remuneradas de acordo com o Índice de Remuneração Básica dos Depósitos de Poupança com data de aniversário do primeiro dia, quando do afastamento da atividade que atualmente exerce”.

g) Lei n. 9.032 de 28.4.1995: reinserção na condição de segurados obrigatórios e exclusão da fruição de quaisquer benefícios exceto salário-família, reabilitação profissional e auxílio-acidente.

“Art. 2º A Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, passa à vigorar com as seguintes alterações:

‘Art.12. (...)

§ 4º O aposentado pelo Regime da Previdência Social - RGPS que estiver exercendo ou que voltar a exercer atividade abrangida por este regime é segurado obrigatório em relação a essa atividade, ficando sujeito às contribuições de que trata esta Lei, para fins de custeio da Seguridade Social’”(…)

Art. 3º A Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, passa a vigorar com as seguintes alterações:

‘Art. 18 (...)

§ 2º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social O RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ela retornar, não fará jus a prestação alguma de Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família, à reabilitação profissional e ao auxílio-acidente, quando empregado”.

16. Como observou o Ministro Dias Toffoli em seu voto, atualmente,

RE 661256 / SC

a desaposentação estaria expressamente vedada pelo ordenamento infraconstitucional, nos termos do art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/1991, combinado com o art. 181-B⁴ do Decreto n. 3.048/1998 (incluído pelo Decreto n. 3.265/1999), que expressamente proíbem a renúncia e a reversão de aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial concedidas pela previdência social.

Assim, ainda que se pudesse considerar a desaposentação como renúncia à aposentadoria (o que, a meu ver, não o é, em face do aproveitamento do tempo de contribuição para a melhoria do benefício), os precedentes deste Supremo Tribunal, como enfatizou o Ministro Toffoli, caracterizam a matéria como infraconstitucional, a importar, quando muito, ofensa indireta à Constituição, inviável de ser apreciada em recurso extraordinário. Nesse sentido por exemplo:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. RENÚNCIA À APOSENTADORIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO: INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 282 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ALEGADA CONTRARIEDADE AO PRINCÍPIO DO ATO JURÍDICO PERFEITO. IMPOSSIBILIDADE DA ANÁLISE DE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL E DE NORMAS INFRALEGAIS. OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. AGRAVO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO” (AI 851605, de minha relatoria, DJe 23.9.2011);

“A renúncia aos salários-de-contribuição de menor expressão econômica para compor a média aritmética que servirá de base de cálculo para a renda mensal inicial de benefício previdenciário, quando sub judice a controvérsia, não revela repercussão geral apta a tornar o apelo extremo admissível, consoante decidido pelo Plenário Virtual do STF, na análise do AI nº 843.287, da Relatoria do Min. Cezar Peluso. 3. A revisão de benefício previdenciário, quando sub judice a controvérsia sobre a fixação da RMI, não viabiliza o acesso à via

4 Art. 181-B. As aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial concedidas pela previdência social, na forma deste Regulamento, são irreversíveis e irrenunciáveis. (Incluído pelo Decreto n. 3.265/1999).

RE 661256 / SC

recursal extraordinária, por envolver discussão de tema de caráter eminentemente infraconstitucional. Precedente: ARE 792.043-ED, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, DJe 1/4/2014. 4. In casu, o acórdão recorrido manteve a sentença, por seus próprios fundamentos, a qual assentou: 'Verifica-se assim que não há a possibilidade de eleição dos melhores salários-de-contribuição, mas a determinação de cálculo do salário-de-benefício pela média dos 36 (trinta e seis) últimos salários de contribuição. A lei ainda facultou aos segurados que não verteram contribuições ao Sistema Previdenciário, em um ou nos últimos meses, retroagir até o 48º (quadragésimo oitavo) mês, para buscar os valores restantes a fim de completar os 36 (trinta e seis) salários-de-contribuição e realizar a média aritmética para cálculo do salário-de-benefício e da RMI, evitando assim prejuízo no cálculo do valor da aposentadoria'. 5. Agravo regimental DESPROVIDO" (ARE n. 793.709 ED, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe 29.8.2014, Primeira Turma).

17. Também o Ministro Teori Zavascki, em seu voto, realçou os aspectos infraconstitucionais da matéria ao asseverar que, com a extinção do pecúlio pela Lei n. 9.032/1995 (pelo qual o montante da contribuição do segurado aposentado a ele poderia ser revertida, na forma do benefício), foi introduzido o § 4º do art. 12 da Lei n. 8.212/1991, no qual se passou a sujeitar o aposentado a contribuir para o custeio não mais da previdência (isoladamente considerada), mas da seguridade social como um todo, redirecionando-o do regime de capitalização ao regime de repartição, que tem sido preponderantemente adotado nos países ocidentais:

"No bloco ocidental, é certo que a previdência social é uma política adotada quase sempre sob os mesmos fundamentos: um sistema previdenciário público básico e universal, ao lado de um sistema de aposentadoria complementar, este último ora compulsório, ora facultativo; custeado pelo sistema contributivo de repartição - a contribuição do segurado é a base principal do financiamento; e há limite de idade para a concessão de aposentadorias que não sejam por incapacidade definitiva. Vale dizer, como frisam os economistas Francisco Oliveira, Kaizô Beltrão e Mônica Ferreira, 'tirando-se a

RE 661256 / SC

moda chilena do regime básico em capitalização individual - uma caderneta de poupança compulsória - ao qual aderiram alguns países da América Latina (Argentina, México, Uruguai, Peru e Colômbia), a experiência capitalizada é a exceção, e não a norma'. Outrossim, segundo o Livro Branco da Previdência Social, quase todos os países possuem também regimes especiais para servidores públicos civis e militares, com regras diferenciadas dos demais trabalhadores" (LAZZARI, João Batista; CASTRO, Carlos Alberto Pereira. Manual de Direito Previdenciário. São Paulo: Conceito. 13ª ed. 2011. p. 873).

18. Essa mudança na disciplina infraconstitucional denota crucial importância na situação dos segurados/aposentados no regime constitucional de seguridade social, previsto no art. 194, *caput*, da Constituição, e que não se esgota nas ações de previdência social, mas também naquelas voltadas à prestação de saúde e assistência social:

Constituição da República, Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social".

Sobre o assunto, decidiu este Supremo Tribunal:

*"A contribuição de seguridade social possui destinação constitucional específica. A contribuição de seguridade social não só se qualifica como modalidade autônoma de tributo (RTJ 143/684), como também representa espécie tributária **essencialmente vinculada ao financiamento da Seguridade Social**, em função de específica destinação constitucional." (ADC n. 8-MC, Relator o Ministro Celso de Mello, julgamento em 13.10.1999, Plenário, DJ de 4.4.2003).*

Anotou o Ministro Cezar Peluso:

"Os termos originais da Constituição de 1988 desenhavam um sistema previdencial de teor solidário e distributivo, no qual a comprovação de 'tempo de serviço', sem limite de idade, era uma das condições do direito ao benefício, sem nenhuma referência à questão de

RE 661256 / SC

proporcionalidade, ou de equilíbrio atuarial, entre o volume de recursos e o valor das contribuições desembolsadas pelos servidores na ativa e o dos proventos da aposentadoria. Seu cunho solidário e distributivo vinha sobretudo de os trabalhadores em atividade subsidiarem, em certa medida, os benefício dos inativos.

O sistema padeceu substancial alteração com a Emenda Constitucional n. 20/98, que lhe introduziu feito contributivo, baseado, já não no ‘tempo de serviço’, mas no tempo de contribuição, ‘observados os critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial’ (art. 40, in fine, da Constituição da República, com a redação da EC 20/98).

A Emenda Constitucional n. 41/2003 instaurou o regime previdencial nitidamente solidário e contributivo, mediante a previsão explícita de tributação dos inativos, ‘observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial’” (ADI n. 3.105, Redator para o acórdão o Ministro Cezar Peluso, DJe 18.2.2005).

20. A digressão normativa sobre o benefício reclamado situa-o no campo da regulação infraconstitucional, pelo que a solução jurídica da controvérsia não se exaure na interpretação da sistemática constitucional sobre a seguridade social.

Inúmeros são os precedentes deste Supremo Tribunal em matéria de revisão de benefícios previdenciários no sentido da “*inadmissibilidade de recurso extraordinário para análise da legislação infraconstitucional e o exame de ofensa reflexa à Constituição Federal*” (RE n. 643.925, AgR, Relator o Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 1.4.2014). Nesse sentido por exemplo:

“A revisão dos benefícios previdenciários após a edição da Medida Provisória n° 1.523/97 possui controvérsia eminentemente infraconstitucional, configurando apenas ofensa indireta ou reflexa à Constituição Federal. Precedentes. III - Ao julgar o RE 626.489-RG/SE, Rel. Min. Roberto Barroso, o Plenário fixou entendimento no sentido de que o prazo decadencial de dez anos, instituído pela MP 1.523/1997, incide, inclusive, sobre benefícios concedidos antes de sua vigência, sem que isso importe em retroatividade vedada pela Constituição. IV – Agravo regimental a que se nega provimento” (RE

RE 661256 / SC

n. 786.803, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 27.5.2014);

“Agravamento regimental no recurso extraordinário com agravamento. Revisão de benefício previdenciário. Acórdão recorrido fundamentado na legislação pátria. Ofensa constitucional indireta ou reflexa. Agravamento regimental não provido. Precedentes. 1. A suposta ofensa à Constituição somente poderia ser constatada a partir da análise e da reinterpretação da legislação infraconstitucional, o que torna oblíqua e reflexa eventual ofensa, a qual é insuscetível, portanto, de viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário. Precedentes. 2. Agravamento regimental não provido” (ARE n. 773.078 AgR, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe 10.10.2014);

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PROCESSUAL CIVIL. SUSPENSÃO DE AÇÃO INDIVIDUAL EM RAZÃO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM A MESMA FINALIDADE. MATÉRIA COM REPERCUSSÃO GERAL REJEITADA PELO PLENÁRIO DO STF NO ARE 738.109-RG. PRESCRIÇÃO. MATÉRIA DE ÍNDOLE INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA REFLEXA. 1. A ação individual, quando sub judice a controvérsia sobre a sua suspensão em razão da existência de ação coletiva sobre o mesmo objeto, não revela repercussão geral apta a dar seguimento ao apelo extremo, consoante decidido pelo Plenário virtual do STF, na análise do ARE 738.109-RG, Rel. Min. Teori Zavascki. 2. In casu, o acórdão recorrido assentou: “PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE RENDA MENSAL INICIAL DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. ARTIGO 29, INCISO II, DA LEI Nº 8.213, DE 1991. PAGAMENTO DAS DIFERENÇAS DECORRENTES DA REVISÃO JÁ EFETIVADA. POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO”. 3. Agravamento regimental DESPROVIDO” (ARE n. 827.066 AgR, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe 12.11.2014).

21. Na espécie vertente, pretende-se a alteração de ato concessivo de aposentadoria, cujos parâmetros normativos apontados pertencem às leis

RE 661256 / SC

ordinárias, a inviabilizar o seguimento do recurso extraordinário.

Todavia, ainda que superado o óbice em favor da repercussão geral da matéria reconhecida por este Supremo Tribunal (18.11.2011), a declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 18, § 11, da Lei n. 8.213/1991, não poderia produzir os efeitos buscados no recurso.

Expõe, por exemplo, Elisa Maria Corrêa Silva:

*“O pecúlio foi extinto porque implicava a complementação da renda do segurado, já que resultava de uma visão equivocada da Previdência Social como poupança individual. **Repristinar o instituto por via transversa fere o próprio sentido securitário da previdência social, fixado pela Constituição** (art. 201, incisos I a V, da Constituição” (SILVA, Elisa Maria Corrêa. *Inconstitucionalidade da desaposentação*. Belo Horizonte: Fórum. 2014. ed. p. 116)*

Princípio da legalidade e o regime estatutário da previdência

22. Ao contrário do que ocorre no direito privado, em que prevalecente a máxima do “*não proibido, permitido*”, a atuação do administrador, no direito público, vincula-se à lei (princípio da legalidade – art. 37, *caput*), a ele sendo dado agir no estrito âmbito da autorização legislativa.

23. No art. 201, § 11, da Constituição se prevê:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)(...).

*§ 11. Os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e consequente repercussão em benefícios, **nos casos e***

RE 661256 / SC

na forma da lei (Incluído dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

24. Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, “(...) *aqueles que se aposentam (ou que passam a perceber qualquer outro benefício da Previdência Social) integram uma categoria geral, a dos beneficiários da Previdência Social, sujeitos todos às regras gerais que regulam sua situação de beneficiários. Inexiste para eles a possibilidade de eleger ou dispor sobre normas que regularão seus benefícios. Todos aqueles que ocupam tal posição, sujeitam-se a regras idênticas*” (in *Ato Administrativo e Direito dos Administrados*, RT, 1981, págs. 106-111, contestação, fls. 41).

A solução da presente controvérsia exige a interpretação das normas à luz dos princípios constitucionais.

25. Como enfatizou o Ministro Teori Zavascki, a natureza estatutária ou institucional do regime geral de previdência social não permite a prevalência da vontade individual pelo que “*a simples ausência de previsão estatutária do determinado direito, equivale à inexistência de um dever de prestação por parte da Previdência Social*”.

Nesse sentido, os apontamentos de Elisa Maria Corrêa Silva:

“Da natureza institucional da previdência social advém a noção de estatuto jurídico-previdenciário, pois cada categoria de segurado é regida, independentemente da vontade individual, por um estatuto próprio, previamente determinado pela lei, que lhe destina direitos e deveres. Dessa maneira, o segurado adere ao rol de regras postas” (SILVA, Elisa Maria Corrêa. *Inconstitucionalidade da desaposentação*. Belo Horizonte: Fórum. 2014. ed. p. 115).

26. Conforme afirmam os Recorrentes, com base na doutrina, “*a desaposentação traduz-se na possibilidade de o segurado renunciar à aposentadoria com o propósito de obter benefício mais vantajoso, no Regime Geral de Previdência Social ou em Regime Próprio de Previdência Social,*

RE 661256 / SC

mediante a utilização de seu tempo de contribuição” (memoriais, fl. 1).

O fenômeno da “desaposentação” no regime geral da previdência social não pode ser comparado à renúncia potestativa de direito patrimonial do segurado. O que se postula é a anulação⁵ de ato jurídico perfeito segundo as normas vigentes na ocasião, em favor da concessão de outro, mais vantajoso, exigindo do administrador público ato comissivo, com implicações jurídicas sistêmicas, em função das quais é essencial norma autorizadora.

E norma não há. Como bem enfatizou Elisa Corrêa *“Nem mesmo a analogia implica inovação do ordenamento, porque neste caso comparam-se os fatos para fazer incidir a mesma norma que regulamenta fato semelhante, isto é, aproveita-se o juízo de justificação empreendido em relação a situação conexa, mas não se cria uma nova norma de acordo com a regulamentação que o julgador entende mais justa, tarefa afeta ao Poder Legislativo (art. 2º, Constituição)”* (SILVA, Elisa Maria Corrêa. *Inconstitucionalidade da desaposentação*. Belo Horizonte: Fórum. 2014. ed. p. 117).

Na legislação previdenciária é vedada a concessão do benefício na norma legal questionado (art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/1991), ao se dispor que *“o aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social–RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado”*.

Nesse sentido, dispõe-se no art. 181-B do Decreto n. 3.048 (Regulamento da Previdência Social):

Art. 181-B. As aposentadorias por idade, tempo de contribuição

5 A situação sequer poderia ser equiparada à nova modalidade de revisão de aposentadoria, ainda assim, fora das hipóteses legalmente previstas, por pressupor a anulação da aposentadoria anteriormente concedida e a concessão de novo ato, mais vantajoso ao segurado.

RE 661256 / SC

e especial concedidas pela previdência social, na forma deste Regulamento, são irreversíveis e irrenunciáveis.(Incluído pelo Decreto nº 3.265, de 1999)

Parágrafo único. O segurado pode desistir do seu pedido de aposentadoria desde que manifeste esta intenção e requeira o arquivamento definitivo do pedido antes da ocorrência do primeiro de um dos seguintes atos: (...)” (Redação dada pelo Decreto nº 6.208, de 2007).

Essa era a lição de Rui Barbosa, salientando a irrenunciabilidade do ato perfeito da aposentação:

*“O cidadão que a lei aposentou, jubilou ou reformou, assim como o a que ela conferiu uma pensão, não recebe esse benefício, a paga de serviços que esteja prestando, mas a retribuição de serviços que já prestou, cujas contas se liquidaram e encerraram com um saldo a seu favor, saldo reconhecido pelo Estado, com estipulação legal de lhe mortizar mediante uma renda vitalícia, na pensão, na reforma, na jubilação ou na aposentadoria. O aposentado, o jubilado, o reformado o pensionista do Tesouro, são credores da Nação **por títulos definitivos, perenes e irretratáveis**” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais dos servidores públicos. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 412)*

27. Sobre o assunto, anotei:

“Com efeito, a aposentadoria é um direito fundamental do homem-trabalhador, um dos direitos sociais que as Constituições garantem como forma de assegurar a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Lei Fundamental da República brasileira) (...) Por isso, esse direito tem a sua regência jurídica pela legislação vigente no exato momento em que se dá aquele reconhecimento administrativo, convertido em ato jurídico perfeito e sujeito ao direito vigente naquele mesmo instante. (...)

Aposentadoria não é ato de momento único; é direito que se adquire ao longo de um período legalmente estabelecido. A sua sedimentação é que se dá de maneira formal e pública, quando do reconhecimento pelo processo administrativo competente. Por isso,

RE 661256 / SC

também não pode ser desfeito ou alterado por um ato único, segundo injunções ulteriormente postas por legislação ulteriormente positivada. Também não pode sujeitar-se a contingências governamentais, administrativas ou financeiras. Quando reconhecido, o direito à aposentadoria traz ao presente conquistas que se foram forjando em momentos passados e que não serão desfeitas em cometimentos estatais futuros.

Daí porque dúvida alguma padece mais quanto à matéria no que se refere: a) a constituir a aposentadoria direito constitucional que se adquire e introduz-se, imutavelmente, no patrimônio de bens jurídicos do interessa quando de sua formalização pela entidade competente; b) a incidir sobre a aposentadoria o direito vigente no momento do reconhecimento formal; c) a ser inalterável, por lei posterior, o ato jurídico pefeito da aposentadoria” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais dos servidores públicos. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 413).

28. Observado o princípio da legalidade, a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo, ainda que pudesse afastar o óbice à reaposentação, não teria o condão de institucionalizá-la, pois esvaziaria a disciplina normativa sobre a matéria.

Ademais, conforme enfatizado pela União

“em diversos casos em que o segurado pleiteava a desconstituição do ato concessor de aposentadoria integral para obtenção de aposentadoria proporcional, este eg. STF se pronunciou pela impossibilidade de desconstituição da aposentadoria pela vontade unilateral do segurado. (AI 810744/RS, DJ de 01/02/2011, Ministro Ricardo Lewandowski, AgRg no RE 297.406/SP, DJ 30/09/2008), Ministro GILMAR MENDES). No mesmo sentido o RE 352391/SP, da relatoria do Em. Min. Carlos Velloso” (RE n. 661.256, doc. 44, fl. 22).

29. Parte da argumentação dos Recorrentes decorre da equivocada premissa, segundo a qual, não tendo sido vedada pela Constituição, a possibilidade da reaposentação estaria franqueada ao segurado.

RE 661256 / SC

Todavia, em se tratando de regime jurídico de direito público, a seguridade social vê-se submetida à estrita previsão legislativa, não sendo dado ao Poder Judiciário rearranjar regras para a definição de instituto jurídico inédito, de natureza previdenciária.

Controle de constitucionalidade. Atuação do Supremo como legislador negativo.
Separação dos poderes

30. A jurisprudência deste Supremo Tribunal consolidou-se no sentido de situar o julgador como legislador negativo na causa, a dizer, como o que declara a invalidade da norma, sem “*amplia[r-lhe] os efeitos a outras hipóteses não contempladas*”:

“O acórdão recorrido harmoniza-se com a jurisprudência deste Supremo Tribunal, que, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 896, cujos dispositivos impugnados são os mesmos deste processo, assentou a impossibilidade de o Poder Judiciário atuar como legislador positivo no controle de constitucionalidade de ato normativo: ‘Ação direta de inconstitucionalidade. Lei Complementar n. 75, de 20.5.1993 (art. 270, §§ 1º e 2º, bem como as expressões ‘não alcançados pelo artigo anterior’ constantes do ‘caput’ do artigo 271) – Não só a Corte esta restrita a examinar os dispositivos ou expressões deles cuja inconstitucionalidade for arguida, mas também não pode ela declarar inconstitucionalidade parcial que mude o sentido e o alcance da norma impugnada (quando isso ocorre, a declaração de inconstitucionalidade tem de alcançar todo o dispositivo), porquanto, se assim não fosse, a Corte se transformaria em legislador positivo, uma vez que, com a supressão da expressão atacada, estaria modificando o sentido e o alcance da norma impugnada. E o controle de constitucionalidade dos atos normativos pelo Poder Judiciário só lhe permite agir como legislador negativo. Em consequência, se uma das alternativas necessárias ao julgamento da presente ação direta de inconstitucionalidade (a da procedência dessa ação) não pode ser acolhida por esta Corte, por não poder ela atuar como legislador positivo, o pedido de declaração de inconstitucionalidade como posto

RE 661256 / SC

não atende a uma das condições da ação direta que é a da sua possibilidade jurídica. Ação direta de inconstitucionalidade que não se conhece por impossibilidade jurídica do pedido’ (ADI 896, Relator o Ministro Moreira Alves, Plenário, DJ 16.2.1996 – grifos nossos)” (RE n. 782.801, de minha relatoria, DJe 3.2.2014);

“Não pode o Juiz estender o benefício decorrente da inconstitucionalidade a outros delitos e a outras penas, pois, se há inconstitucionalidade, o juiz atua como legislador negativo, declarando a invalidade da lei. E não como legislador positivo, ampliando-lhe os efeitos a outras hipóteses não contempladas. 5. De qualquer maneira, bem ou mal, o legislador resolveu ser mais condescendente com o crime de tortura do que com os crimes hediondos, o tráfico de entorpecentes e o terrorismo. Essa condescendência não pode ser estendida a todos eles, pelo Juiz, como intérprete da Lei, sob pena de usurpar a competência do legislador e de enfraquecer, ainda mais, o combate à criminalidade mais grave” (HC n. 76.543, Relator o Ministro Sydney Sanches, DJ 17.4.1998);

“Os magistrados e Tribunais - que não dispõem de função legislativa - não podem conceder, ainda que sob fundamento de isonomia, o benefício da exclusão do crédito tributário em favor daqueles a quem o legislador, com apoio em critérios impessoais, racionais e objetivos, não quis contemplar com a vantagem da isenção. Entendimento diverso, que reconhecesse aos magistrados essa anômala função jurídica, equivaleria, em última análise, a converter o Poder Judiciário em inadmissível legislador positivo, condição institucional esta que lhe recusou a própria Lei Fundamental do Estado. E de acentuar, neste ponto, que, em tema de controle de constitucionalidade de atos estatais, o Poder Judiciário só atua como legislador negativo (RTJ 146/461, rel. Min. CELSO DE MELLO)” (AI n. 138.344 AgR, Relator o Ministro Celos de Mello, DJ 12.5.1995).

31. São inúmeras as manifestações apresentadas nos autos (e em memoriais), no intento de se comprovar o *deficit* ou de demonstrar possível superávit da previdência social, numa discussão histórica.

RE 661256 / SC

Ilustram essas afirmativas por exemplo:

“A garantia de cobertura dos pagamentos de benefícios por parte do Tesouro Nacional, ratificada pela Constituição, fez com que apenas diatne de um defcít de certa de 1% do PIB no Regime Geral de Previdência Social (RGPS), associado a um grave problema fiscal nas contas públicas, se firmasse a questão da necessidade de equilíbrio atuarial das contas previdenciárias” (palavras atribuídas pelos Recorrentes ao então Ministro da Previdência, Waldeck Ornelas. *Novo rumo para a Previdência Social*. Revista Conjuntura Social, v. 10, n. 4, out.dez. 1999, Brasília: MPAS, pp. 9/10);

“Na produção e apresentação dos números, o governo somente se reporta na diferença entre contribuições diretas e valor total de benefícios, tanto para o Regime Geral da Previdência Social quanto para o Regime Jurídico Único. Daí que resulta nos déficits que, segundo o governo, alcança cerca de R\$10 bilhões no RGPS e mais de R\$20 bilhões no RJU” (manifestação atribuída à Associação Nacional dos Fiscais de Contribuições Previdenciárias);

“Fala-se que a previdência social está quebrada, que não há dinheiro para a saúde e para a assistência social. (...) Discorrendo sobre a matéria no último congresso, organizado pela Associação dos Magistrados Brasileiros e realizado em Fortaleza, o dr. Hugo de Brito Machado, conhecido especialista, teve ocasião de demonstra, com apoio em dados extraídos do Balanço Geral da União, dos anos de 1989 a 1994, que, no período as contribuições previdenciárias evoluíram de 34% da receita tributária da União para 110/120%. É um crescimento espantoso. Onde se encontram as fabulosas quantias arrecadas: perdidas no orçamento da União” (palavras atribuídas pelos Recorrentes ao Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, do Superior Tribunal de Justiça em artigo publicado no Correio Braziliense de 4.12.1995);

“O problema não se restringe, porém, à questão orçamentária, apesar de sua relevância. O impacto operacional da desaposentação é, também, considerável. Basta imaginar que os 500 mil aposentados que

RE 661256 / SC

continuam ativos poderiam requerer a qualquer tempo e quantas vezes entendessem necessárias, a desaposentação e a concessão de nova aposentadoria ou emissão de certidão de tempo de contribuição, o que poderia até dobrar a demanda da Autarquia, que, no mês de fevereiro de 2013, recebeu 583.1537 requerimentos de benefícios. Acrescente-se, ainda, a possibilidade de os cerca de 4 milhões de beneficiários de aposentadoria por tempo de contribuição retornarem ao mercado de trabalho por um único mês, e solicitarem a desaposentação” (doc. 44, fl. 24).

Sobre esse embate, manifestou-se o Ministro Sepúlveda Pertence:

“No fundo, as discussões sobre a chamada crise da Previdência e da Seguridade Social, têm sido prejudicada, de um lado e de outro, por uma argumentação oportunística de ambas as partes: a de tomar-se a Seguridade Social ora como se tratasse de um contrato, ora como se se tratasse, e efetivamente se trata, de uma ação estatal independente de cálculos e considerações atuariais.

Assim como não aceito considerações puramente atuariais na discussão dos direitos previdenciários, também não as aceito pra fundamentar o argumento básico contra a contribuição dos inativos, ou seja, a de que já cumpriram o quanto lhes competia para obter o benefício da aposentadoria.

Contribuições social é um tributo fundado na solidariedade social de todos para financiar uma atividade estatal complexa e universal, como é a da Seguridade” (ADI n. 3105, Redator para o acórdão o Ministro Cezar Peluso, DJe 18.2.2005).

Esses argumentos demonstram a impossibilidade da solução buscada no presente caso, menos ainda se resultante eventual declaração de inconstitucionalidade da norma impugnada (art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/1991), pois estritamente vinculados à discussão política da seguridade social no Brasil.

32. O assunto não é estranho ao Congresso Nacional. Ao contrário, recentemente foi aprovado no Senado Federal (10.4.2013) o Projeto de Lei

RE 661256 / SC

n. 91/2010, de Relatoria do Senador Paulo Paim, “*para permitir a renúncia à aposentadoria concedida pela Previdência Social, assegurando a contagem do tempo de contribuição e recálculo do benefício para uma nova aposentadoria*”⁶.

Eventual depuração desses complexos dados atuariais, contábeis, orçamentários, do julgador, em recurso de cognição estrita como o presente, exigiria profunda incursão nos fatos e provas não apenas da causa subjetiva, mas da previdência social, cujo equilíbrio atuarial é constitucionalmente resguardado. Tanto esbarraria no óbice na Súmula n. 279 deste Supremo Tribunal.

Apontei em estudo sobre a matéria:

“A disciplina atuarial embasa-se em técnicas matemáticas, estatísticas e, inclusive, probabilísticas, buscando (...) o equilíbrio de receitas e despesas não apenas presentes, mas voltadas à sua manutenção no futuro, uma vez que os contribuintes de hoje são os beneficiários de amanhã. Daí porque a Constituição impõe, na verdade, a elaboração de planos atuariais, pois contrariamente, ter-se-ia de conviver com permanentes ou possíveis furos financeiros que pudessem sobreviver pela imprevidência com que se houvesse em dado momento em desprezo aos momentos subsequentes” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais dos servidores públicos. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 428).

Tem-se na manifestação da União às fls. 5/6, doc. 44:

“Caso a primeira aposentadoria fosse proporcional e a segunda,

6 O projeto acrescenta o § 9º e o § 10º ao art. 57 da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, nos seguintes termos: “Art. 1º. O art. 57, da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, passa a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos § 9º e § 10º: ‘Art. 7 (...) § 9º- As aposentadorias por tempo de contribuição, especial e por idade, concedidas pela Previdência Social, poderão, a qualquer tempo, ser renunciadas pelo Beneficiário, ficando assegurada a contagem do tempo de contribuição que serviu de base para a concessão do benefício. (...) § 10º- Após renunciada a aposentadoria o segurado poderá solicitar nova aposentadoria considerando os tempos de contribuição anterior e posterior à renúncia, sem prejuízo no valor de seu benefício. (...) Art. 2º. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação”.

RE 661256 / SC

integral, ou se houvesse uma variação positiva nos salários-de-contribuição após a primeira aposentadoria, a diferença entre os proventos de uma e de outra seria muito maior.

Para que o segurado conte tais salários-de-contribuição, ele deve efetuar recolhimento de contribuições sobre o valor máximo do salário-de-contribuição entre março de 2006 e fevereiro de 2009. A alíquota pode ser de 20%, no caso de contribuinte individual ou segurado facultativo, ou de 8%, 9% ou 11% (limitado ao “teto”, se for o caso) e mais 20% (sem esse limite) por parte do empregador, no caso de empregados. No caso de empregadores domésticos, a contribuição é de 12%, limitada ao “teto”.

Assim, a massa de contribuições vertidas após o início da aposentadoria a que se pretende renunciar pode variar conforme vários fatores, inclusive sua forma de filiação. De todo modo, para viabilizar o exame, utilizamos, para exemplo, contribuições vertidas por um segurado contribuinte individual, que preste sua mão-de-obra unicamente a pessoas físicas, porque esta é a forma em que esse segurado hipotético fará as menores cotizações necessárias ao alcançamento da situação hipotética acima exposta.

A soma atualizada de suas contribuições entre março de 2006 e fevereiro de 2009 seria de R\$ 27.115,13, quando atualizado pelo INPC.

Essa massa de contribuições é suficiente para suportar o incremento do valor da aposentadoria (este, de R\$ 513,19, como visto acima) por apenas 52,83 competências, ou seja, por apenas 4 anos (incluído o abono anual), enquanto que a expectativa é que a aposentadoria revisada mediante o argumento da desaposentação dure 24 anos (expectativa de sobrevida do segurado ao tempo do início da aposentadoria revisada).

E reitere-se que a expectativa de duração da aposentadoria não considera, ainda, que eventual pensão dela derivada irá prolongar ainda mais o desequilíbrio decorrente da desaposentação.

As contribuições a serem consideradas para esta demonstração são apenas as incidentes sobre fatos relevantes ao cálculo do benefício, não tendo qualquer relevo contribuições como COFINS, CSLL ou sobre concursos de prognósticos, cuja receita não sofre qualquer

RE 661256 / SC

incremento com o retorno de um segurado aposentado ao exercício de trabalho remunerado.

Portanto, é evidente que as contribuições assim vertidas são claramente insuficientes a custear a majoração do benefício havida com a desaposentação, de modo que o desequilíbrio financeiro e atuarial que a desaposentação provoca impõe sua rejeição, por não se amoldar ao comando constitucional do art. 201 da Carta, que exige critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, o que não é atendido pela tese da desaposentação.

Cumpra ainda ressaltar que a segunda aposentadoria adota elementos de cálculo (ESPECIALMENTE O FATOR PREVIDENCIÁRIO) próprios a segurados que nada retiraram a título de proventos previdenciários. Ou seja, a segunda aposentadoria é calculada como se fosse a primeira aposentadoria que aquele segurado irá fruir”.

33. Maior que o desafio de se interpretar as normas constitucionais para se concluir pela viabilidade (ou não) da reaposentação, a solução da controvérsia exigiria o desafio de eventualmente definir, no estrito espaço da hermenêutica jurídica, os contornos e alcance de instituto sem expressa previsão legal.

Ainda na exposição de Elisa Corrêa:

“Não cabe ao Poder Judiciário criar novo benefício a partir de razões sociais, econômicas, filosóficas, etc, ainda que as denomine de princípios. Quer se nomeie tais razões como princípios fundamentais ou básicos (MARTINEZ,2001), ou argumentos típicos de juiz ode justificação (GÜNTHER, 1993), o fato é que o Poder Judiciário está adstrito à razões jurídicas, faltando-lhe legitimidade para inovar o ordenamento” (SILVA, Elisa Maria Corrêa. Inconstitucionalidade da desaposentação. Belo Horizonte: Fórum. 2014. ed. p. 117).

Princípio constitucional da solidariedade social. Fundamento da seguridade social. Contribuição previdenciária sem contrapartida nos benefícios. ADI n. 3.105. Dever de cidadania. Natureza tributária

RE 661256 / SC

34. A matéria constitucional analisada remonta à discussão travada neste Supremo Tribunal sobre a contribuição previdenciária incidente sobre proventos de servidores públicos inativos, instituída pela Emenda Constitucional n. 40/2003, havida no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.105, Redator para o acórdão o Ministro Cezar Peluso, DJ 18.2.2005.

Mesmo tendo a Constituição erigido modelos distintos de previdência para servidores públicos e trabalhadores da iniciativa privada, com dinâmicas atuariais próprias, há de se considerar

“tanto o regime geral para os trabalhadores não públicos quanto o regime especial dos trabalhadores públicos informam-se pelos mesmos princípios constitucionais. Nem se poderia dar de modo diverso, considerando-se que o trabalho não pode ser fonte de discriminação ou de desigualação ilegítima das pessoas. Assim, a seguridade social compreende os elementos que deve ser assegurados a todos, e a previdência social, basicamente aperfeiçoada pela garantia da aposentadoria, haverá de ser igualmente guardada e observada por todos. A universalidade da prestação de previdência é o objetivo buscado no Estado contemporâneo, não obstante as dificuldades financeiras que tanto acarreta e que podem forçar a novos contornos do sistema. (...)”

Tanto os objetivos da seguridade social quanto os princípios que a informam valem para o sistema, e não para alguns de seus beneficiários, pelo que não se pode negar aplicação ou desconhecimento de qualquer deles para a concepção infraconstitucional de regime jurídico, seja quem for o sujeito dos direitos e deveres nele prescritos.(...)”

Definiu-se a existência de dois regimes previdenciários vigentes no País, ambos podendo ter incidência sobre os servidores públicos, a depender da condição funcional de cada qual: de um lado, o regime geral de previdência social, a que se sujeitam todos os trabalhadores (‘filiação obrigatória’, nos termos do art. 201, com a norma da Emenda Constitucional n. 20/98) e, ainda, os servidores ocupantes de cargos de provimento inefetivo ou em condição de não-efetividade

RE 661256 / SC

(caso de cargos declarados em lei de livre nomeação e exoneração – art. 40, §13 - e, ainda, os contratados temporários, etc.) e o regime especial dos servidores públicos, agora destinado exclusivamente aos ‘servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações. Esse regime especial de previdência social dos servidores públicos ‘observará, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social’ (art. 40, §12). Assim, não apenas não se aparta totalmente o regime especial dos servidores do regime geral como a ele se aplicam, eventualmente, os requisitos e os critérios nele acolhidos” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais dos servidores públicos. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 418, 433, 427).

Embora, na espécie, a contribuição não atinja aposentadorias concedidas pelo regime geral de previdência (cuja incidência é vedada pelo inc. II do art. 201 da Constituição), mas ganhos habituais dos empregados (aposentados pelo regime geral), a decisão deste Supremo Tribunal na ação direta de inconstitucionalidade n. 3.105 refutou parte dos argumentos reiterados nestes recursos.

Naquela ação direta, este Supremo Tribunal concluiu pela constitucionalidade da contribuição previdenciária paga sem a correspondente contrapartida nos benefícios, dado o caráter tributário da exação e o princípio constitucional da solidariedade, sobre o qual edificada a seguridade social.

Sobre o princípio da solidariedade social, aponte:

“O cuidado jurídico com a matéria relativa à seguridade social recebeu, pois, em 1988, tratamento diferente do quanto antes se tivera no direito brasileiro, em razão dos princípios constitucionais adotados no sistema, basicamente daqueles que foram acolhidos como base do subsistema fundamental específico, qual seja, o da previdência social.

Pela primeira vez no constitucionalismo brasileiro emergiu no sistema o princípio jurídico-constitucional da solidariedade social.

RE 661256 / SC

Etapa contemporânea da conquista dos direitos sociais que se foram estendendo no curso dos últimos dois séculos e na sequência do mote revolucionário que fundamenta a construção do Estado moderno, a fraternidade, busca na convivência política dos homens, vem-se tornando um valor determinante dos sistemas jurídicos, o qual se traduz na forma do princípio da solidariedade” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais dos servidores públicos. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 422).

35. Reitere-se que, na espécie, a contribuição previdenciária, além de não incidir sobre proventos (o que seria até mais gravoso), mas sobre os ganhos habituais do trabalhador (que também é aposentado), não o alija, completamente, da fruição de benefícios previdenciários do regime geral, garantindo-lhe o pagamento de salário-família e reabilitação profissional, nos termos do próprio § 2º do art. 18 da Lei n. 8.213/1991.

Ainda que se pudesse considerar desproporcionais esses benefícios (salário-família e reabilitação profissional) quando comparados com a contribuição suportada, a solução da controvérsia não se subtrai às determinantes constitucionais aplicáveis à espécie, como aquelas decorrentes da natureza jurídica da contribuição, dos princípios vetores da seguridade social, assim como para as implicações atuariais decorrentes de uma implementação precária de complexo benefício vedado em lei.

36. Como anotou a Advocacia-Geral da União, atento ao princípio da seletividade, “o legislador ordinário, ao editar o art. 18, §2º, da Lei 8.213/91, consoante a permissão constitucional, procedeu a escolha das prestações oferecidas aos aposentados do Regime Geral da Previdência Social que retornam à atividade, obedecendo assim, ao comando do art. 194, parágrafo único, III, da CF/88” (memoriais, fl. 11).

37. No julgamento da ação direta de inconstitucionalidade n. 3.105, o Plenário deste Supremo Tribunal assentou a constitucionalidade das

RE 661256 / SC

contribuições dos servidores públicos inativos, vencida a tese da Relatora, Ministra Ellen Graice, pela qual *“a instituição de nova exação previdenciária só se justifica[ria] com o estabelecimento de novo benefício”* (voto vencido, Ministra Ellen Gracie, ADI n. 3.105, DJe 18.2.2005, fl. 19).

Aquele debate tangenciava o que se tem no presente: a instituição de contribuição sem contraprestação em benefícios afrontaria o *“caráter retributivo do regime de contribuição previdenciária”* (voto vencido, Ministra Ellen Gracie, ADI n. 3.105, DJe 18.2.2005, fl. 20). A questão então posta era se poderia uma emenda constitucional onerar os servidores aposentados com nova contribuição previdenciária, desvinculada de benefício futuro, instituindo um *“tributo sem causa”*. Este Supremo Tribunal decidiu com base no caráter tributário da contribuição social e no princípio da solidariedade.

Redator para o acórdão, o Ministro Cezar Peluso afirmou:

“Salvas raras vozes hoje dissonantes sobre o caráter tributário das contribuições sociais como gênero e das previdenciárias como espécie (...) pode dizer-se assentada e concorde a postura da doutrina e, sobretudo, desta Corte, em qualificá-las como verdadeiros tributos (RE n. 146.733, rel. Min. Moreira Alves; RE 158.577, rel. Min. Celso de Mello) sujeito a regime constitucional específico, assim porque disciplinadas as contribuições no capítulo concernente ao sistema tributário (...)

Mas independentemente da sua classificação dogmática como espécie autônoma, ou como subespécie de imposto ou de taxa, não há nenhuma dúvida de que as contribuições são tributos que obedecem a regime jurídico próprio, e cuja propriedade vem da destinação constitucional das receitas e da submissão às finalidades específicas que lhes impõe o art. 149 da Constituição Federal (...)

E, por força do disposto no art. 195, com a redação da época da edição da EC n. 41/2003, a atuação estatal nas áreas da saúde, previdência e assistência social, cujos direitos formam o conteúdo objetivo da seguridade social, é custeada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes

RE 661256 / SC

dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais (...)

Como tributos que são, não há como nem por onde opor-lhes, no caso, a garantia constitucional outorgada ao 'direito adquirido' (art. 5º, inc. XXXVI), para fundar pretensão de se eximir ao pagamento devido por incidência da norma sobre fatos posteriores ao início de sua vigência. (...)

A relação jurídico-tributária baseia-se no poder de império do Estado e legitima-se pela competência que a este, em qualquer das três encarnações federativas, lhe atribui a Constituição. (...)

Quanto à irredutibilidade do valor dos proventos, invocada pelos requerentes como outro óbice à sujeição dos servidores inativos, basta avivar-lhes a aturada posição da Corte de que a cláusula constitucional de irredutibilidade da remuneração dos servidores públicos não se estende aos tributos, porque não implica em imunidade tributária. (...)

O regime previdenciário assumiu caráter contributivo para efeito de custeio equitativo e equilibrado dos benefícios, mas sem prejuízo do respeito aos objetivos ou princípios constantes do art. 194, § único, quais sejam: i) universalidade; ii) uniformidade; iii) seletividade e distributividade; iv) irredutibilidade; v) equidade no custeio; vi) diversidade da base de financiamento. Noutras palavras, forjou-se aqui um regime híbrido, submisso a normas de direito público e caracterizado, em substância, por garanti ade pagamento de aposentadoria mediante contribuições compulsória durante certo período, o que lhe define o predicado contributivo, sem perda do caráter universal, seletivo e distributivo”(voto condutor do Ministro Cezar Peluso, ADI n. 3.105, DJe 18.2.2005).

Quanto ao princípio contributivo, ressaltou, então, o Ministro Gilmar Mendes a impossibilidade da estrita vinculação entre tributo previdenciário e pagamento de benefício:

“Não parece acertado pressupor, desde logo, que o legislador constituinte esteja vinculado, ao menos de um modo irrestrito, ao regime contributivo, ou ainda, a um modelo de completa correspondência entre contribuição e benefício. Não se nega,

RE 661256 / SC

obviamente, que a Constituição almeja um sistema baseado especialmente na ideia do regime contributivo, em que os potenciais beneficiário, ao longo de sua vida profissional ativa, depositam recursos em um fundo que, no futuro, lhes devolverá tais recursos na forma de proventos de aposentadoria. Essa de fato é a ideia básica e o princípio da natureza atuarial concebido para viabilizar a existência e a eficiência do sistema previdenciário.

Mas daí não se pode chegar à conclusão de que qualquer obrigação tributária para fins previdenciários deva ter no futuro um benefício que corresponda de um modo exato àquele ônus. Além da evidente inviabilidade prática desse tipo de percepção, não há exigência constitucional nesse sentido, e muito menos uma cláusula pétrea a estabelecer tal limitação específica. Não estou, obviamente, endossando entendimento no sentido de que qualquer ônus a ser estabelecido para os beneficiários da Previdência podem ser livremente fixados pelo legislador, ainda que legislado constituinte. Os parâmetros constitucionais de controle existem, inclusive as cláusulas pétreas. O que quero afastar desde logo é um argumento que com a devida vênia não parece ter amparo constitucional” (voto do Ministro Gilmar Mendes da ADI n. 3.105, DJ 18.2.2005).

38. A vinculação linear e objetiva entre o pagamento de contribuição previdenciária e a fruição de benefício financeiramente proporcional contraria a lógica do sistema de repartição, fazendo da seguridade social o que, constitucionalmente, ela não é.

A redefinição judicial dos parâmetros de aposentação e desaposentação, à mingua de normas específicas sobre o assunto (pois não se faz analogia sem o análogo) poderia desnaturar até mesmo a sistemática atuarial de um modelo de capitalização, a também pressupor a complexa observância (de natureza fático-probatória, repita-se) da correlação entre pagamentos, decurso de tempo, encargos, saques, juros etc.

39. Também no Regime Geral da Previdência Social, decisões têm

RE 661256 / SC

sido proferidas pelas Turmas deste Supremo Tribunal Federal no mesmo sentido do decidido na Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 3.105:

“Contribuição previdenciária: aposentado que retorna à atividade: CF, art. 201, § 4º; L. 8.212/91, art. 12: aplicação à espécie, mutatis mutandis, da decisão plenária da ADIn 3.105, red.p/acórdão Peluso, DJ 18.2.05. A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social (CF, art. 195); o art. 201, § 4º, da Constituição Federal “remete à lei os casos em que a contribuição repercute nos benefícios” (RE n. 437.640, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 2.3.2007);

“RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Contribuição previdenciária. Aposentado que retorna ou permanece em atividade. Incidência. Jurisprudência assentada. Ausência de razões consistentes. Decisão mantida. Agravo regimental improvido. Nega-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões consistentes, decisão fundada em jurisprudência assente na Corte” (AI n. 397.337 AgR, Relator o Ministro Cezar Peluso, DJe 14.9.2007).

Em função da natureza tributária da contribuição social, que a todos sujeita à manutenção do sistema de repartição da seguridade social, também não se há cogitar de proibição de retrocesso, como pontuou o Ministro Octavio Galotti no julgamento de medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1664 (DJ 19.12.1997):

“A propósito das questões mais genéricas, suscitadas na inicial, penso que não devem merecer acolhida pelo menos nesta sede de juízo provisório, a saber: (...) quanto à proibição do chamado retrocesso social, dada a delicadeza da tese, que implicaria, na prática, a constitucionalização, e até a petrificação, das condições de expectativa de aquisição dos benefícios previdenciários, impedindo a sua revisão por lei ordinária, elaborada nos limites da Constituição.” (ADI n. 1.664-MC, voto do Relator o Ministro Octavio Gallotti, julgamento em 13.11.1997, Plenário, DJ de 19.12.1997).

Ademais, conforme se tem no direito comparado:

RE 661256 / SC

“Em grande número de países que adotaram regime de proteção social a seus trabalhadores, há reformas. Tal constatação não deve ser considerada, contudo, alarmante: não devemos nos esquecer de que o Direito é dinâmico, e não pode permanecer o mesmo se a sociedade está em constante modificação. (...) A Europa é o continente em que melhor se verifica tal fato. Excluída a política neoliberal inglesa, os demais países tem mantido o sistema estatal de repartição, com altos gastos sociais” (LAZZARI, João Batista; CASTRO, Carlos Alberto Pereira. Manual de Direito Previdenciário. Conceito. 11ª ed. p. 762).

40. Ainda sobre o princípio constitucional da solidariedade, assinaei antes tratar-se de princípio de *“desdobramento necessário daquele que marca, decisiva e contundentemente, o constitucionalismo contemporâneo, qual seja, o da dignidade da pessoa humana, o de maior envergadura e vigor jurídico nos sistemas de Direito vigentes (art. 1º, III, da Constituição da República de 1988)”* (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 422).

Nessa linha Elisa Maria Corrêa e Silva explicita a correlação da solidariedade na tutela da dignidade da pessoa humana, a partir da atuação conjunta da coletividade:

“o financiamento dos direitos sociais por toda a sociedade constitui um esforço necessário na busca da concretização da dignidade da pessoa humana, como se vê do art. 22 da Declaração Universal dos Direitos Humanos: ‘Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade (Assembleia Geral das Nações Unidas, 1948, sem grifo no original)’.

Dessa maneira, tem aplicação a ideia de Nabais (2007), que vislumbra o instituto dos deveres fundamentais em contraposição aos direitos fundamentais, para verificar que a adoção do princípio da

RE 661256 / SC

solidariedade pelo Estado implica considerar o cidadão como indivíduo responsável.

Assim, a obrigatoriedade da filiação e a compulsoriedade da contribuição (art. 201, da Constituição) impedem que o indivíduo escape a esta responsabilidade, em prejuízo da solidariedade social. (...) 'Se a principal finalidade da Previdência Social é a proteção à dignidade da pessoa, não é menos verdadeiro que a solidariedade social é verdadeiro princípio fundamental do Direito Previdenciário, caracterizando-se pela cotização coletiva em prol daqueles que, num futuro incerto, ou mesmo no presente, necessitem de prestações retiradas desse fundo comum. Importa ressaltar que os países que, em face de mudanças nos seus regimes previdenciários, adotaram o sistema de capitalização de recursos – mediante contas individualizadas em nome de cada segurado – abandonaram, a nosso ver, a noção de 'previdência social' já que esta só se observa quando a sociedade, como um todo, presta solidariedade a cada um dos indivíduos que dela necessitem, por meio do sistema de repartição, ou de fundo único. A partir do momento em que cada trabalhador faça cotizações para si próprio e não para um fundo mútuo, desaparece a noção de solidariedade social' (CASTRO; LAZZARI, 2010, P. 51-52)'" (SILVA, Elisa Maria Corrêa. Inconstitucionalidade da desaposentação. Belo Horizonte: Fórum. 2014. ed. p. 40).

41. O princípio da solidariedade eleva a dignidade da pessoa humana à tutela coletiva, ao patamar social, implementando-se como política concreta de Estado, consagrada pelo esforço coletivo de todos em favor de todos, e instrumentalizada para além da exclusiva lógica financeira da capitalização que, fechada em si, não demonstra compromisso com a justiça social e a distribuição de renda⁷:

⁷ “A Previdência no Brasil cumpre relevante papel na redistribuição de renda e na redução da pobreza entre idosos. Em particular, as transferências de renda por meio de programas redistributivos – como o programa rural e os benefícios assistenciais, assim como os concedidos em função da Loas – contribuem para a redução da pobreza da população idosa e fazem que a taxa de pobreza da população com idade superior a 65 anos brasileira seja a menor da América Latina (...) Outro fator a indicar a importância do aspecto distributivo da Previdência Social no Brasil é a alta taxa de cobertura na fase de recebimento de benefício, que torna pouco provável que algum idoso não tenha acesso a alguma

RE 661256 / SC

*“A solidariedade jurídica é a manifestação da dignidade da pessoa com o outro, é ser digno pelo outro e de mãos dadas para garantir também a ele tal condição imprescindível para uma vida segura. E é a solidariedade juridicamente exigível que se impõe no subsistema da seguridade social e, máxime, da previdência social: a cada um segundo a sua necessidade, mormente quando essa se define pela frágil condição humana, tanto mais à mostra quando se esvaem as forças vitais que permitem ao homem fazer-se apto a contribuir com a sua atividade por toda a sociedade. (...) A acolhida desse princípio é que remodela o sistema constitucional da seguridade como concebido hodiernamente, inclusive no constitucionalismo brasileiro inaugurado em 1988” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 422).*

E ainda:

“Na noção da solidariedade contributiva que rege o Regime Geral de Previdência Social, encontra abrigo o conceito de pacto entre as gerações, segundo o qual as contribuições dos segurados ativos são vinculadas ao pagamento dos benefícios dos inativos.

‘Os sistemas de proteção social, especialmente os planos de previdência (onde o trabalho atuarial é mais relevante), são compromissos sociais de longo prazo, muitos dos quais devem ser honrados por gerações futuras’ (PLAMONDON et al., 2011, p. 33).

Cada uma de las generaciones activas existentes debe, por así decirlo, satisfacer las cargas de las pensiones de las generaciones precedentes, esperando que algún día sus propias pensiones sean cubiertas por las generaciones futuras. (THULLEN apud VIEIRA, 1999, p.1).

Em decorrência do princípio da solidariedade e do pacto entre as

*aposentadoria, pensão por morte ou benefício assistencial. Com aproximadamente 90% de sua população idosa coberta por algum sistema de proteção social, a taxa de cobertura dos idosos no Brasil é indubitavelmente muito superior à média latino-americana, que se situa em torno de 1/3 da população idosa” (ROCHA, Roberto de Rezende; CAETANO, Marcelo Abi-Ramia. *O Sistema Previdenciário Brasileiro: uma avaliação de desempenho comparada*, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Brasília, março de 2008).*

RE 661256 / SC

gerações, a contribuição individual integra o fundo de financiamento dos benefícios dos inativos, independentemente de qualquer condição particular do contribuinte.(...)

Aí residem as diferenças primordiais: enquanto no sistema de capitalização os recursos são apenas do contribuinte, no de repartição pertencem a todos os participantes, indiscriminadamente; entretanto, concretizando-se um risco previsto logo a princípio, os participantes desse segundo sistema teriam suas necessidades supridas, graças à contribuição dos demais, enquanto que os do primeiro restariam sem cobertura, por não terem alcançado o patamar mínimo de contribuições.

Essa diferença entre os dois sistemas se deve, basicamente, à incidência ou não do princípio da solidariedade contributiva, presente apenas no regime de repartição” (SILVA, Elisa Maria Corrêa. Inconstitucionalidade da desaposentação. Belo Horizonte: Fórum. 2014. ed. p. 43).

42. A questão suscita problema quanto à titularidade mesma dos valores pagos, os quais, aplicados ao sistema de repartição previdenciária, deixam de compor o patrimônio dos contribuintes, passando a compor o patrimônio coletivo:

“De modo geral, um regime público de previdência é autônomo em termos de financiamento. Consequentemente os financiadores do plano e suas participações nos custos são bem identificados, e uma conta específica existe para receber as contribuições e pagar todos os benefícios e despesas administrativas de acordo com o plano. Isso também significa que o trabalho do atuário consistirá principalmente em projetar o nível daquela conta e recomendar uma escala de taxas de contribuição que garantirá a manutenção de reservas suficientes para encarar as despesas futuras do plano. Para tal propósito, as operações daquela conta devem ser isoladas das operações de outros planos previdenciários, bem como das operações do próprio governo (PLAMODON et al., 2011, p. 59)” (SILVA, Elisa Maria Corrêa. Inconstitucionalidade da desaposentação. Belo Horizonte: Fórum. 2014. ed. p. 42).

RE 661256 / SC

Elisa Maria Corrêa Silva evidencia o regime de repartição simples e os princípios da contrapartida ou da precedência da fonte de custeio (art. 195, § 5º, da Constituição) como informadores do princípio da solidariedade, sobre o qual se erige a seguridade social:

“O sistema de repartição simples fundamenta-se em uma das faces do princípio da solidariedade, a da participação nos encargos sociais como dever do cidadão. De fato, ‘a cidadania em termos jurídico-constitucionais consubstancia exercício da liberdade, gozo de direitos, bem como cumprimento de deveres inerentes ao Estado Democrático de Direito, que tem como um de seus fundamentos a solidariedade (art. 3º, I, da CF/1988)’. (TAKOI, 2009, p. 3-4, sem grifo no original) (...)

A relação entre o princípio da precedência da fonte de custeio e o princípio da solidariedade resta clara do seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal: ‘O cumprimento das políticas públicas previdenciárias, exatamente por estar calcado no princípio da solidariedade (art. 3º, I, da CF/1988), deve ter como fundamento ao fato de que não é possível dissociar as bases contributivas de arrecadação da prévia indicação legislativa da dotação orçamentária exigida (art. 195, §5º, da CF/1988). (BRASIL. Pleno do Supremo Tribunal Federal, 415.454, Relator Ministro Gilmar Mendes, 2007).

Se o Regime Geral de Previdência Social brasileiro adota o sistema de repartição, então a interpretação das normas previdenciárias relativas a esse regime encontra-se vinculada ao referido princípio da solidariedade contributiva” (SILVA, Elisa Maria Corrêa. Inconstitucionalidade da desaposentação. Belo Horizonte: Fórum. 2014. ed. p. 40-41).

43. Assim, a desaposentação, nos termos pleiteados, poderia induzir o Poder Judiciário a dar a cada um o que não é seu, ou o que já não mais é seu, considerado o plexo normativo que rege a seguridade, contrariando a inteligência do regime de repartição solidária erigido para dar a cada um *“segundo a sua necessidade”* (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 422).

RE 661256 / SC

44. Pelo exposto, **voto no sentido de acompanhar a divergência para dar provimento** aos Recursos Extraordinários ns. 661.256 e 827.833 (Relator o Ministro Roberto Barroso), **desprovendo** o Recurso Extraordinário n. 381.367 (Relator o Ministro Marco Aurélio).

É o meu voto.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 661.256

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO

REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. DIAS TOFFOLI

RECTE.(S) : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL FEDERAL

RECDO.(A/S) : VALDEMAR RONCAGLIO

ADV.(A/S) : ADILSON VIEIRA MACABU (RJ015979/) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO- IBDP

ADV.(A/S) : GISELE LEMOS KRAVCHYCHYN (18200/SC) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : UNIÃO

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIAO

AM. CURIAE. : CONFEDERAÇÃO BRASILEIRA DE APOSENTADOS E

PENSIONISTAS - COBAP

ADV.(A/S) : GABRIEL DORNELLES MARCOLIN (0076643/RS)

Decisão: Retirado de pauta em face da aposentadoria do Relator. Presidência do Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 26.11.2012.

Decisão: Após o relatório, o julgamento foi suspenso. Ausentes a Ministra Cármen Lúcia, representando o Tribunal na *Viagem de Estudos sobre Justiça Transicional*, organizada pela Fundação Konrad Adenauer, em Berlim, entre os dias 5 e 9 de outubro de 2014, e na 100ª Sessão Plenária da Comissão Europeia para a Democracia pelo Direito (Comissão de Veneza), em Roma, nos dias 10 e 11 subsequentes, e o Ministro Dias Toffoli que, na qualidade de Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, participa do VII Fórum da Democracia de Bali, na Indonésia, no período de 8 a 13 de outubro de 2014. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 08.10.2014.

Decisão: Após o voto do Ministro Roberto Barroso (Relator), dando parcial provimento ao recurso, o julgamento foi suspenso. Ausentes a Ministra Cármen Lúcia, representando o Tribunal na *Viagem de Estudos sobre Justiça Transicional*, organizada pela Fundação Konrad Adenauer, em Berlim, entre os dias 5 e 9 de outubro de 2014, e na 100ª Sessão Plenária da Comissão Europeia para a Democracia pelo Direito (Comissão de Veneza), em Roma, nos dias 10 e 11 subsequentes; o Ministro Dias Toffoli que, na qualidade de Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, participa do VII Fórum da Democracia de Bali, na Indonésia, no período de 8 a 13 de outubro de 2014, e, justificadamente, o Ministro Teori Zavascki. Falaram, pelo recorrente Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, o Dr. Marcelo de Siqueira Freitas, Procurador-Geral Federal; pelo *amicus curiae* Instituto Brasileiro de Direito

Previdenciário - IBDP, a Dra. Gisele Kravchychyn, e, pelo *amicus curiae* Confederação Brasileira de Aposentados e Pensionistas - COBAP, o Dr. Gabriel Dornelles Marcolin, OAB/RS 76.643. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 09.10.2014.

Decisão: Após os votos dos Ministros Dias Toffoli e Teori Zavascki, que davam provimento integral ao recurso, pediu vista dos autos a Ministra Rosa Weber. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 29.10.2014.

Decisão: O Tribunal, apreciando o tema 503 da repercussão geral, por maioria, deu provimento ao recurso extraordinário, vencidos, em parte, os Ministros Roberto Barroso (Relator), Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Redigirá o acórdão o Ministro Dias Toffoli. Em seguida, o Tribunal deliberou adiar a fixação da tese. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 26.10.2016.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Doralúcia das Neves Santos
Assessora-Chefe do Plenário

27/10/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 661.256 SANTA CATARINA

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhora Presidente, gentilmente, ontem à noite, o Ministro **Teori Zavascki** me encaminhou uma sugestão de tese que, depois, hoje pela manhã, analisei. Retornei a Sua Excelência com alguma sugestão de alteração.

A tese sobre a qual, então, penso que estamos ambos de acordo, por enquanto, e a colocamos em conjunto para os colegas, é a seguinte.

27/10/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 661.256 SANTA CATARINA

PROPOSTA

(s/ tese em repercussão geral)

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

No âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à "desaposentação", sendo constitucional a regra do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

27/10/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 661.256 SANTA CATARINA

VOTO S/ PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhora Presidente, a tese proposta, nos seus elementos enunciados, tem exatamente o tripé, objeto do voto que eu também proferi, e eu creio que ela bem contempla o sentido da deliberação majoritária.

Eu estou de pleno acordo.

27/10/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 661.256 SANTA CATARINA

VOTO S/ PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Senhora Presidente, eu também acho que expressa fielmente o que foi decidido.
De modo que eu estou de acordo.

27/10/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 661.256 SANTA CATARINA

VOTO S/ PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Eu estou de acordo, Senhora Presidente. Quero apenas fazer uma pequeníssima observação.

Ontem, no final da tarde, eu até, depois da Sessão, acabei trabalhando um pouco mais nos trabalhos que tinha. E fui indagado por jornalistas e alguns presentes acerca das situações pendentes, como ficariam. Eu disse: "Essa é uma matéria sobre o qual o Supremo Tribunal não se debruçou. Por exemplo: Aquelas pessoas que se aposentaram ou se desaposentaram e obtiveram nova aposentação, aposentadoria, e, portanto, proventos recalculados, em face de decisões judiciais transitadas em julgado - esta é uma questão. Outras que estavam novamente aposentadas em função de liminares ou de antecipação de tutela; outros ainda que estavam ingressando em juízo. Então, existem algumas questões pendentes, e eu não sei se conviria ao Supremo, desde logo, pronunciar-se sobre elas ou deixar que venham a corte, enfim, a partir de casos isolados.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Eventuais embargos.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - E possam ser decididos, em embargos.

Mas, de qualquer maneira, apenas queria dizer que essa é uma preocupação e que hoje se reflete, inclusive, nos jornais. Há uma certa perplexidade por parte daqueles que foram, de alguma forma, beneficiados por decisões judiciais, garantindo uma nova aposentadoria. Queria levantar essa questão.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Essa questão foi trazida ontem, Ministro, inclusive, também, para ver se a gente voltaria ao questionamento.

Houve uma decisão tomada com conteúdo específico. Hoje, até,

RE 661256 / SC

conversamos entre nós, alguns Ministros, também. E, pelo menos, o que se pôs até agora foi que, a partir da publicação do acórdão, o INSS, que é o vencedor nessa demanda, não vai tomar nenhuma atitude antes do conhecimento amplo do acórdão. E, a partir do que viesse, portanto, no acórdão, é que eles teriam, se fosse o caso, os recursos cabíveis: por exemplo, embargos, para saber em que eles acham que há omissão, se houvesse - e talvez fosse o espaço, o foro apropriado e a via apropriada para questionamento. Até porque nós não teríamos agora como vislumbrar todas as situações, que um ou outro acha que pode ser cuidada. E isso ampliaria, e, na verdade, se a gente tivesse que resolver variadas situações, nós reabriríamos era o julgamento que finalizou. Essa razão pela qual, questionados, alguns Ministros me puseram exatamente essa circunstância.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - A nossa Corte, eu acho, tem um precedente de que os embargos de declaração apresentam um instrumento hábil à modulação.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Ah, está bem.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - A modulação a trazer todas as situações.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - É exatamente, é porque às vezes nós nos pronunciamos sobre as situações pendentes, não é raro que façamos isto. Mas, se a Corte entender que devamos aguardar os embargos ...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - A publicação.

Até porque, com essa tese, é que as partes têm o perfeito conhecimento de todo o julgamento, e qual é a tese que prevaleça, a partir da qual se sabe o que é apanhado ou não pelo que foi julgado.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Perfeito.
Então, estou de acordo a tese proposta.

27/10/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 661.256 SANTA CATARINA

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, formei na corrente minoritária e continuo convencido de que a tese é a da maioria, composta quando do julgamento no Plenário. Não me cabe, tendo formado na corrente minoritária, adentrar o problema da eleição de uma tese, mesmo porque, se o fizesse, estaria adotando postura em conflito com o que veiculei. Por isso, não participo dessa elaboração.

27/10/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 661.256 SANTA CATARINA

VOTO SOBRE PROPOSTA

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhora Presidente, se me permite, eu apenas me limitei - e pensei que fosse essa a colocação - a entender que a tese está de acordo com o que foi decidido ontem pela corrente majoritária. Eu fiquei vencida e continuo, com todo respeito, não endossando a tese, mas dizendo que ela retrata o que foi deliberado.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Eu mesmo, já houve casos em que eu perdi e que ajudei também na redação final, alinhando-me à maioria. De modo que, eu entendo a posição do Ministro Marco Aurélio, mas ...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Respeito a posição daqueles que votaram vencidos, e agora adentram a elaboração da tese. Apenas não me sinto à vontade para fazê-lo. A redação da tese cabe à corrente majoritária.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 661.256

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO

REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. DIAS TOFFOLI

RECTE.(S) : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL FEDERAL

RECDO.(A/S) : VALDEMAR RONCAGLIO

ADV.(A/S) : ADILSON VIEIRA MACABU (RJ015979/) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO- IBDP

ADV.(A/S) : GISELE LEMOS KRAVCHYCHYN (18200/SC) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : UNIÃO

PROC.(A/S) (ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIAO

AM. CURIAE. : CONFEDERAÇÃO BRASILEIRA DE APOSENTADOS E

PENSIONISTAS - COBAP

ADV.(A/S) : GABRIEL DORNELLES MARCOLIN (0076643/RS)

Decisão: Retirado de pauta em face da aposentadoria do Relator. Presidência do Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 26.11.2012.

Decisão: Após o relatório, o julgamento foi suspenso. Ausentes a Ministra Cármen Lúcia, representando o Tribunal na *Viagem de Estudos sobre Justiça Transicional*, organizada pela Fundação Konrad Adenauer, em Berlim, entre os dias 5 e 9 de outubro de 2014, e na 100ª Sessão Plenária da Comissão Europeia para a Democracia pelo Direito (Comissão de Veneza), em Roma, nos dias 10 e 11 subsequentes, e o Ministro Dias Toffoli que, na qualidade de Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, participa do VII Fórum da Democracia de Bali, na Indonésia, no período de 8 a 13 de outubro de 2014. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 08.10.2014.

Decisão: Após o voto do Ministro Roberto Barroso (Relator), dando parcial provimento ao recurso, o julgamento foi suspenso. Ausentes a Ministra Cármen Lúcia, representando o Tribunal na *Viagem de Estudos sobre Justiça Transicional*, organizada pela Fundação Konrad Adenauer, em Berlim, entre os dias 5 e 9 de outubro de 2014, e na 100ª Sessão Plenária da Comissão Europeia para a Democracia pelo Direito (Comissão de Veneza), em Roma, nos dias 10 e 11 subsequentes; o Ministro Dias Toffoli que, na qualidade de Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, participa do VII Fórum da Democracia de Bali, na Indonésia, no período de 8 a 13 de outubro de 2014, e, justificadamente, o Ministro Teori Zavascki. Falaram, pelo recorrente Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, o Dr. Marcelo de Siqueira Freitas, Procurador-Geral Federal; pelo *amicus curiae* Instituto Brasileiro de Direito

Previdenciário - IBDP, a Dra. Gisele Kravchychyn, e, pelo *amicus curiae* Confederação Brasileira de Aposentados e Pensionistas - COBAP, o Dr. Gabriel Dornelles Marcolin, OAB/RS 76.643. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 09.10.2014.

Decisão: Após os votos dos Ministros Dias Toffoli e Teori Zavascki, que davam provimento integral ao recurso, pediu vista dos autos a Ministra Rosa Weber. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 29.10.2014.

Decisão: O Tribunal, apreciando o tema 503 da repercussão geral, por maioria, deu provimento ao recurso extraordinário, vencidos, em parte, os Ministros Roberto Barroso (Relator), Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Redigirá o acórdão o Ministro Dias Toffoli. Em seguida, o Tribunal deliberou adiar a fixação da tese. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 26.10.2016.

Decisão: O Tribunal fixou tese nos seguintes termos: "No âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à 'desaposentação', sendo constitucional a regra do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91". O Ministro Marco Aurélio não participou da fixação da tese. Ausentes, justificadamente, o Ministro Celso de Mello, e, nesta assentada, o Ministro Gilmar Mendes. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 27.10.2016.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Doralúcia das Neves Santos
Assessora-Chefe do Plenário